Die unechten Solidarobligationen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Donnevert

aus **Saarlouis**

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Völklingen (Saar).

Approbiert am 12. Dezember 1906.

Saarlouis.
Druck v. Franz Stein Nachf. Hausen & Co.
Buch- u. Steindruckerei.
1907.

Die unechten Solidarobligationen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Donnevert

aus **Saarlouis**

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Völklingen (Saar).

Approbiert am 12. Dezember 1906.

Saarlouis.
Druck v. Franz Stein Nachf. Hausen & Co.
Buch- u. Steindruckerei.
1907.

Referent: Univ.-Professor Dr Binder.

Meinen lieben Eltern.

Disposition.

A. **Allgemeine Einführung in das Problem.**

Seite

1. Einleitung . . . . . —
2. Das Recht im subjektiven Sinne . . . . . 1—5
3. Der Anspruch . . . . . 5—9
4. System des Ineinandergreifens mehrerer Ansprüche . . . . 9—13
5. Echte und unechte Solidarobligationen . . . . . 13—16

B. **Die geschichtliche Entwickelung des Begriffs der Korreal- und Solidarobligationen und seine Bedeutung für das moderne Recht.**

1. Die una obligatio . . . . . 16—19
2. Die plures obligationes . . . . . 19—22
3. Litiskontestationswirkung und Verwandtes . . . . . 22—31
4. Die exceptio rei judicatae . . . . . 31—33
5. Endergebnis . . . . . 33—34

C. **Die Behandlung echter und unechter Solidarobligationen im bürgerlichen Recht.**

1. Verschulden, Verjährung, Stundung, Erlass . . . . . 34—37
2. Annahmeverzug . . . . . 37—38
3. Wirkung der Erfüllung und Erfüllungssurrogate unter besonderer Berücksichtigung von § 255 B. G. B.
   - α) Anspruch auf Grund des Eigentums . . . . . 38—40
   - β) Verlust eines Rechtes . . . . . 40—41
   - γ) Die Deliktstatbestände im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Ausgleichungspflicht . . . . . 41—44

D. **Der Inhalt des § 255 B. G. B.**

1. Das Prinzip der Ersatzpflicht . . . . . 44—46
2. Kann das beneficium cedendarum actionum auch noch nach Leistung durch den einen unechten Solidarschuldner geltend gemacht werden? . . . . . 46—48
3. Das Verschulden des einen Solidarschuldners im Verhältnis zur Ersatzpflicht des anderen . . . . . 48—50

E. Die möglichen Tatbestände der unechten Solidarobligationen.

Sie entstehen:

1. aus verschiedenen Rechtsgeschäften . . . . . 50—57
2. aus Delikt und Rechtsgeschäft . . . . . 57—59
3. aus verschiedenen Delikten 59 65
4. aus Verträgen und den unerlaubten Handlungen, die auf dem Veranlassungsprinzip beruhen . . . . . 65—66
5. aus Gesetz und Delikt . . . . . 66—67

Literaturverzeichnis.

Baron: Pandekten. Leipzig 1896.

Bekker: Die Aktionen des römischen Privatrechts. Bd. I. u. II. Berlin 1871 u. 1873.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Bd. I. Weimar 1886.

Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. I. u. II. Gotha 1877 u. 1883.

Biermann: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. I. Teil. Leipzig 1901.

Binder: Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht. Leipzig 1899.

Breit: Die Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach B. G. B. In Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 48. Jahrgang, 2. u. 3. Heft. Berlin 1900.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. Jena 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. II. u. III. Tübingen 1900.

Crome-Zachariae: Handbuch des französischen Civilrechts. Bd. II. Freiburg i. B. 1894.

Demangeat: Des obligations solidaires en droit romain. Paris 1858.

Dernburg: Pandekten Bd. II. Berlin 1903.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. Bd. II. Halle a. S. 1905.

Eisele: Korrealität und Solidarität. Im Archiv für die zivilistische Praxis . . . . Bd. 77 Freiburg i. B. 1891.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I Berlin 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Marburg 1904 ff.

Fischer: Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1903.

Fitting: Die Natur der Korrealobligationen. Erlangen 1859.

Hartmann: Der Zivilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung. Im Archiv für die zivilistische Praxis . . . . Bd. 73. Freiburg i. B. 1888.

v. Ihering: Der Zweck im Recht. Bd. I. Leipzig 1893.

v. Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig 1865.

v. Ihering: Die aktive Solidarobligation. In Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 24 Jena 1886.

Keller: Über Litiskontestation und Urteil. Zürich 1827.
Landsberg: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. Berlin 1904.
Leist: Graeco-italische Rechtsgeschichte. Jena 1884.
Mages: Die Gesamtschuldverhältnisse des österreichischen Rechtes. Wien 1872.
Mitteis: Zur Lehre von den passiven Gesamtschuldverhältnissen. In Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 14 Wien 1887.
Oertmann: Der Dinglichkeitsbegriff. In Ihering's: Jahrbücher . . . . Bd. 31 Jena 1892.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.
Oertmann: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und im deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1901.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I u. II. Berlin 1903.
Puchta: Pandekten. Leipzig 1866.
Regelsberger: Pandekten. Bd. I. Leipzig 1893.
Ribbentrop: Zur Lehre von den Korrealobligationen. Göttingen 1831.
v. Savigny: Obligationenrecht I. Berlin 1851.
Strohal: Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach B. G B. In der deutschen Juristenzeitung. VIII. Jahrgang. Nummer 16/17.
Unger: Passive Korrealität und Solidarität im römischen und heutigen Rechte. In Ihering's: Jahrbücher . . . . Bd. 22 Jena 1884.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I u. II. Frankfurt a. M. 1900.

Einleitung.

Vorausgeschickt mag werden, dass es sich bei unserer Aufgabe um den Unterschied zwischen den sog. echten und unechten Solidarobligationen handeln wird.

Unechte Solidarobligationen sind diejenigen, welche auf verschiedenen Titeln beruhen, während die echten ein und denselben Rechtstitel zur Grundlage haben. Über die ersteren spricht das B. G. B. im Zusammenhang nirgendwo, nur der einsame § 255 erinnert an die Existenz solcher Rechtsgebilde. [1]) Auch die Literatur ist spärlich; sie begnügt sich im allgemeinen mit dem Hinweis auf einzelne, kleine Verschiedenheiten, ohne auf den Kern der Sache näher einzugehen. Von Systemen macht hier besonders eine Ausnahme das gross angelegte Werk Cromes, dann die beiden guten Kommentare von Planck und Oertmann. An Monographien aus der älteren Zeit vor 1900, die sich mehr wie genug mit dem Begriff der Korrealität und Solidarität befasste, sind zu erwähnen: Eisele, Mitteis, Unger und insbesondere Oertmann: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, welch' letzterem Werke ich eine Summe von Anregungen verdanke. Neuere Literatur über diesen Gegenstand ist nicht vorhanden, und so hoffe ich denn, dass diese meine Ausführung wenn auch nicht die offenbare Lücke ausfüllen, so doch einen kleinen Beitrag und Anstoss zur Entwickelung der Solidarobligationen geben wird.

Ab ovo anzufangen, hat einen besonderen Reiz und verleiht das Gefühl der Sicherheit. Man bewegt sich auf bekannteren Gebieten, bevor man den Weg ins Unbekannte nimmt. Wir

[1]) vergl. aber auch § 840 B. G. B., weil bei demselben, von Mehreren als Mittätern, Gehilfen, Anstiftern verübten Delikt, oder bei demselben Erfolg, an dem Mehrere sonst aus deliktischer Haftung beteiligt sind, unechte Sol.-Obl. als vorliegend angenommen werden können. vgl. S. 41 ff. der Arbeit.

wissen, ein Pfad ist da, allerdings verwachsen und überwuchert, hat doch kein geringerer als Jhering das Thema wegen der Schwierigkeit seiner Behandlung zu den höheren Aufgaben der Jurisprudenz gezählt!

Vorstehendes mag es erklärlich erscheinen lassen, warum ich meine Abhandlung mit dem Begriffe des subjektiven Rechts und des Anspruchs beginne. Von diesem Punkte aus werde ich die Mehrheit der Ansprüche gegen eine, sodann gegen mehrere Personen kurz streifen. Nachdem ich ferner die Ansprüche gegen verschiedene Personen systematisch den ihnen zu Grunde liegenden, besonderen Rechtsregeln untergeordnet habe, wird dem Anspruche aus verschiedenen Titeln gegen verschiedene Personen näher getreten werden, welche Ansprüche — nach herrschender Lehre — derart im Zusammenhang stehen, dass die Leistung von seiten des einen Schuldners auch die übrigen von ihrer Leistungspflicht an den Gläubiger befreit. Ob allerdings dieser Satz richtig ist, mag nach dem Folgenden wohl zweifelhaft erscheinen.

Wenn ich nun auch in dem gefundenen Ergebnis einen der herrschenden Lehre diametral entgegengesetzten Standpunkt einnehmen zu müssen glaubte, so wage ich doch wegen der Kompliziertheit des Themas auf eine nachsichtige Beurteilung dieses ersten Versuches zu hoffen: In magnis et voluisse sat est.

Ein Recht im subjektiven Sinne liegt dann vor, wenn der Rechtsschutz in die Hand des Einzelnen gelegt ist, wenn es allein von seinem Willen abhängt, ob er den dem objektiven Rechte entsprechenden Zustand herbeiführen will oder nicht. Ob allerdings dieser Zustand herbeigeführt werden kann, hängt von mannigfachen äusseren Umständen ab, so besonders von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, der sofortigen Belangbarkeit desselben, der Intensivität der Rechtsnorm in ihrer Wirkung auf den Schuldner. [1])

Diese wirtschaftliche Möglichkeit der Herbeiführung des dem Rechte gemässen Zustandes liegt ausserhalb des Begriffes des subjektiven Rechtes. Das letzterem Eigentümliche besteht darin, dass der Individualität des Einzelnen freier Spielraum bezüglich der seiner Macht unterliegenden Rechtsgüter geschaffen ist, dass er zu bestimmen hat, ob und wann er den staatlichen Zwangsapparat für sich in Bewegung setzt. So sagt Regelsberger [2]) treffend: „Es wird von ihr (der Rechtsordnung) dem Einzelnen unter gewissen Umständen eine bestimmte Sphäre freier Bewegung und Macht zur Verwirklichung des Genusses der Lebensgüter zuerkannt und gewährleistet, sei es die Macht über eine Sache oder über eine Person. So entstehen rechtlich anerkannte und geschützte Interessen- und Machtkreise: Das sind die Rechte der Einzelnen, die subjektiven Rechte." Ähnlich definiert Landsberg: [3]) „Recht im subjektiven Sinne ist die vom Rechte (im objektiven Sinne) einem Rechtsgute geschaffene Sicherung, sofern Entstehung oder doch nur Bestand, oder doch mindestens Durchführung dieser Sicherung eine darauf gerichtete Tätigkeit des zu Sichernden voraussetzt." Der neue Ausdruck „Sicherung" findet seine Erklärung in Anm. 1. a. a. O. S. 45, in welcher Landsberg darauf hinweist,

[1]) vgl. z. B. Naturalobligationen, oder der Schuldner hat peremtorische oder dilatorische Einreden [Einrede im materiellen Sinne als Gegenrecht, also Leistungsverweigerungsrecht genommen.]

[2]) Pandekten S. 74 § 14.

[3]) a. a. O. Bd I. S. 48.

dass das Wort „Macht“ bei Definition des subjektiven Rechts deshalb nicht vollwertig sei, weil es:

α) ungenau sei, insofern man bei demselben mehr an physische Kraft, reellen Energiewert zu denken pflege,

β) aber auch Macht niemals Selbstzweck sei, sondern den Zweck der „Sicherung“ habe. [1])

Demnach weicht die Landsberg'sche Definition dem Sinne nach von der unsrigen nicht ab. Des weiteren spricht sich Crome [2]) in gleichem Sinne aus: „Das subjektive Recht ist der Inbegriff dessen, was man in Verwirklichung gewisser von der Rechtsordnung anerkannter Beziehungen vermag.“

Zwei Theorien waren es hauptsächlich, welche den Anspruch darauf machten, in das innere Wesen des subjektiven Rechtes eingedrungen zu sein:

1. Die Theorie von Windscheid [3]): das subjektive Recht sei eine von der Rechtsordnung verliehene Willensherrschaft;
2. Die Theorie Jherings: das subjektive Recht sei rechtlich geschütztes Interesse.

Beide Erklärungen leiden an Einseitigkeit, die Windscheid'sche, weil der Minderjährige, Geisteskranke subjektive Rechte haben kann, ohne das Wollendürfen, die Jhering'sche, weil Interesse, im objektiven Sinne genommen, „Zweck des Rechts“, nicht das Recht selbst bedeuten kann.

Vermittelnd zwischen diesen beiden Theorien steht jetzt die Mehrzahl der Schriftsteller, so Regelsberger [4]): „Recht ist die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses“, ferner Crome [5]) im Anschluss an seine eben verzeichnete Definition: „Das subjektive Recht ist also nicht ein bloss formalistisches Wollendürfen ohne Rücksicht auf dessen Inhalt und Ziel; es ist nicht bloss ein rechtlich geschütztes Interesse unter Ausseracht-lassung des Begriffes der Macht;“ und endlich Bekker [6]): „Die einzelnen Theoretiker greifen dieselbe Sache von verschiedenen

[1]) vgl. auch Oertmann über das Wort „Macht“ in Jherings Jahrb. Bd. 31 S. 430.

[2]) a. a. O. Bd. I. S. 162 § 29.

[3]) Pand. Bd. I S. 130 ff. § 37.

[4]) Pandekten I S. 76.

[5]) a. a. O. Bd. I S. 162.

[6]) Pandekten Bd. I S. 49.

Seiten an, sie kommen zu Bildern, die, zumal wenn sie knapp formuliert sind, auf verschiedene Dinge zu deuten scheinen: „Willensmacht" „rechtlich geschütztes Interesse" „Normenschutz" „ein Spruch der Rechtsordnung, der dem Individuum zu eigen gegeben". Alle diese besitzen eine relative, keine Formel die erschöpfende Wahrheit; richtig verstanden, erscheinen sie nicht unvereinbar. Ein vernünftiges (obj.) Recht wird mit jedem (subj.) Recht, das es statuiert, einen angemessenen Interessenschutz auch bezwecken; aber der Staat kann den Interessenschutz auch auf andere Weise durchführen und man wird also versucht, die Definition dahin zu vervollständigen: „Interessenschutz, der eine Willensmacht des Geschützten begründet".

Was an dem Begriff des subjektiven Rechts zu tadeln erscheint, ist, dass es Rechte, deren Subjekt nicht vorhanden ist, tatsächlich gab, so insbesondere die hereditas jacens und das Vermögen kriegsgefangener Römer, oder des Verschollenen noch nicht für tot Erklärten. Hier nun war es schwierig, gerade vom Subjekte auszugehen, ihm eine Macht zuzuschreiben, während doch ein solches Subjekt fehlt. [1]) Es handelt sich hier um die rechtlich gebundenen Objekte, wofür heute in gleicher Beziehung der nasciturus, welcher bei seinem Eintritt ins Dasein Erbe werden wird, ein Beispiel bietet. Kommt er nicht lebend zur Welt, dann waren die übrigen als Intestaterben Erben, aber Erben ohne Macht, wenn auch nicht ohne Interesse während der Zwischenzeit. Kommt er aber lebend zur Welt, dann war in der Zwischenzeit nur er Erbe, er, der nasciturus, der kein Rechtssubjekt sein konnte, weil die Rechtsfähigkeit erst mit der Vollendung der Geburt beginnt. Diesen Grundsatz einer Fiktion zu opfern, wie es Crome [2]) tut, scheint mir wenig opportun zu sein. Dass Staat und Gemeinde reale Persönlichkeiten seien, dagegen lässt sich nicht viel einwenden, dass aber ein nasciturus, ein befruchtetes Ei, nach einer Woche Rechtspersönlichkeit sein könne, bestreite ich. Hier kommt die Fiktion, der wir an der Vorderseite die Türe gewiesen haben, durch ein bequemes Hinterpförtchen wieder herein. [3])

---

[1]) vgl. l. 3. pr. D. de pec. 15. 1; l. 18 § 5 pr. D. de negol. gest. 3. 5; Gai II 200: nullius interim rem esse.

[2]) a. a. O. Bd. I. S. 165: „Sofortige Bestimmtheit des Subjekts ist nicht erforderlich, vielmehr kann auch ein nasciturus Rechte haben."

[3]) vgl. hierzu die trefflichen Ausführungen Binders: die Rechtsstellung des Erben Bd I § 188 ff.

Es scheint mir vielleicht angebrachter, von der „rechtlichen Gebundenheit“ des Rechtsobjektes, wie es Bekker will, bei Feststellung des Begriffs der subjektiven Rechte auszugehen, so z. B. von der rechtlichen Gebundenheit eines Objektes zu gunsten einer Person zu sprechen, welche Person dann allerdings nicht als Träger des Rechtes gedacht zu werden braucht, sondern nur als Träger der Vorteile, die das Recht bietet; solche Vorteile kann es auch in der Zukunft dem Subjekte zuführen. Man wende nicht ein, ich mache das Objekt zum Subjekt, vielmehr braucht das Objekt kein Subjekt zu haben, kann aber diesem von Vorteil sein. Jedenfalls ist es eigentümlich, dass das Recht zwar von Subjekt zu Subjekt normalerweise übergehen kann, nicht aber normalerweise von einem Objekt auf das andere. Im allgemeinen wird aber — wie ja auch Bekker sagt — die von Regelsberger und Crome aufgestellte Definition des subjektiven Rechtes dem tatsächlichen Verhältnis entsprechen; mag auch die Fassung nicht in allen Fällen als sichere anzunehmen sein. Zweierlei ist demnach mit dem Begriffe des subjektiven Rechtes verknüpft:

α) der Staatswille, sich äussernd in Rechtsnorm und Rechtsschutz,

β) individuell verliehene Macht, diesen Rechtsschutz, diese Rechtsnorm sich dienstbar zu machen.

Bei Naturalobligationen ist dieser Rechtsschutz ein nicht positiver, den klagbaren Anspruch schaffender, sondern ein negativ bedingter des Ausschlusses der condictio indebiti. vgl. Bekker [1]): „Derartige ausnahmsweise auftretende Erscheinungen widerstreben der prinzipiellen Erzwingbarkeit des Rechtes ebensowenig wie die gegenwärtige mangelhafte Beschaffenheit der Zwangsapparate im Völkerrecht; bei allen subjektiven Rechten dieses Teils des objektiven Rechts ist die Anwendung eines wirklichen Rechtszwanges nicht blos denkbar, sondern es ist auch nicht unwahrscheinlich, dass die zivilisierten Staaten über kurz oder lang zur Herstellung der hierzu erforderlichen Werkzeuge sich vereinigen werden. Uebrigens verspricht auch der vollkommenste Apparat keinen unbedingt zuverlässigen Rechtsschutz, der beste Gerichtshof kann mit oder ohne Schuld im konkreten Falle irren. Der Gegensatz bleibt also ein relativer. Doch scheint es angezeigt, das wohl geschützte und das schlecht geschützte Recht einander gegenüber zu stellen, als vollkommenere und minder vollkommene Gebilde derselben Art.“

[1]) a. a. O. S. 47 Anm. e.

Ohne die durch das Recht einer Person zuerkannte Möglichkeit, der toten Rechtsnorm Leben einzuhauchen, bezw. unter Umständen den Staatsmechanismus zum Zwecke des Zwanges in Bewegung zu setzen, ist ein subjektives Recht nicht denkbar. „Erst durch letzteres wird ein Sonderrechtskreis geschaffen, in welchem der Einzelne das bestimmende Element bildet, [1]) oder — wie Crome [2]) treffend sagt: „Es handelt sich um eine in den freien Willen des Berechtigten gestellte Macht, ein Befugnis."

Aus dem subjektiven Rechte entwickelt sich der Begriff des Anspruchs. Bierling [3]) lehrt Identität von subjektivem Recht und Anspruch insoweit, als nur der Anspruch eine Rechtsnorm in subjektiver Fassung bedeute. Die Rechte des rechtlichen „Dürfens" träten demnach vollkommen aus dem Gebiete der subjektiven Rechte heraus, während die Rechte des rechtlichen „Könnens" nur insoweit als subjektive Rechte anzusprechen seien, als „in allem rechtlichen Können Rechtsansprüche und Rechtspflichten enthalten sind."

Ich glaube, dass die Ansicht Bierlings deswegen als eine falsche erscheint, weil er die Beziehung der Person zur Rechtsnorm als subjektives Recht auffasst, während ich lediglich die Beziehung von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt als unter den Begriff des subjektiven Rechtes fallend denke, während die Rechtsnorm als etwas ausserhalb des Rechtssubjektes stehendes, als das Band zwischen Rechtssubjekt und den Gütern dieser Welt anzusehen ist. Im Bierling'schen Sinne ist, was nicht durch Normen verboten, erlaubt, daher auch die Rechte des rechtlichen Dürfens nach Bierling kein Ausdruck subjektiver Beziehung zur Norm. In dem von mir dem Begriffe „subjektives Recht" untergelegten Sinne ist die subjektive Beziehung von Subjekt und Rechtsgut auch bei den Rechten des rechtlichen Dürfens und Könnens vorhanden, ohne Bezugnahme auf einen etwa vorhandenen Anspruch.

Den letzteren bezeichnet das B. G. B. im § 194 als das Recht, von einem Andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Dies ist der Anspruch im materiellrechtlichen Sinne. Weiter geht der Begriff des Anspruchs im Prozessrechte, d. h. der des Forderns vor Gericht. Während es sich im § 194 um ein mit der Rechtsordnung im Einklang stehendes Verlangenkönnen einer Leistung

---

[1]) Regelsberger, a. a. O. S. 76.
[2]) a. a. O. Bd. I. S. 162.
[3]) a. a. O. II. S. 49 ff insbes. S. 69.

handelt, ist es im Civilprozess noch unbestimmt, ob dem Begehren ein materiell wirksames Verlangenkönnen zu Grunde liegt; letzteres erweist sich erst im Verlaufe des Rechtsstreits. An dieser Stelle haben wir es nur mit dem materiellrechtlichen Begriffe des Anspruchs zu tun, auf den folgende Leitsätze Anwendung finden:

Anspruch und subjektives Recht sind nicht identisch, das sehen wir am allerschärfsten bei den dinglichen Rechten. Allerdings haben einzelne Schriftsteller als Inhalt des Eigentumsrechtes eine Summe von latenten, meinetwegen bedingten Ansprüchen gegen Jedermann zu konstruieren versucht, aber eine solche Konstruktion leidet an dem Vorwurf absoluter Undenkbarkeit. Ich kann mir keinen Anspruch denken, den ich als latenten an meinem Tisch gegen einen im Archipel befindlichen Südseeinsulaner haben soll. Ebenso Regelsberger [1]: „Mein Eigentumsrecht hat einen anderen Inhalt als mein Eigentumsanspruch. Dort Unterworfenheit zum Zwecke der vollen, wirtschaftlichen Ausbeute, hier Verlangen der Herausgabe. Jenes kehrt sich gegen Jedermann, dieses ausschliesslich gegen den Besitzer". Demnach steht auch Regelsberger auf demselben Standpunkte, dass das Recht gegen Jedermann wirke, der Anspruch dagegen nur gegen eine bestimmte Person, wenn dieselbe auch dem Berechtigten subjektiv unbekannt sein mag. [2] Dass im übrigen das dingliche Recht sich nicht in einzelnen Ansprüchen erschöpft, ergibt sich insbesondere aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 903 B. G. B.: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen." Es liegt hierin die Anerkennung, dass das Eigentum wesentlich Substanzrecht ist, die Sache als solche ergreift und zwar in ihren rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen, sodass eine Summe von Einzelansprüchen den Begriff des Eigentumsrechts nicht erschöpfen kann; die negative Seite des Eigentumsrechtes, „die Verbietungsmöglichkeit der Einwirkungen Dritter" allerdings löst sich in eine Menge möglicherweise eintretender Ansprüche auf. vgl. hierzu insbesondere Crome [3]: „Wir haben gesehen, dass jedes Recht, auch insofern es eine unmittelbare Herrschaft über gegenständliche Güter gewährt, eine solche persönliche Richtung hat. Wer diese freilich

[1] a. a. O. S. 214.
[2] ebeno Crome a. a. O. Bd. I. S. 179.
[3] a. a. O. Bd. I. S. 179 Anm. 6

leugnet (vgl. § 29 Note 2 ff) gerät hier ins Gedränge und auch mit § 194 B. G. B. in Widerspruch. Dann besteht z. B. das Eigentum nur in der persönlichen Machtbeziehung, die ich gegen alle anderen Menschen vom Nordpol bis zum Südpol mit Beziehung auf die mir gehörige Sache habe: es entsteht der berüchtigte negative Anspruch aus dem dinglichen Recht, der sofort (aktuell) gegen Jedermann geht, gegen Niemanden nicht! Ein Gebilde, das dann wieder unschädlich gemacht werden muss, indem man sagt: einstweilen habe er keine besonderen Wirkungen, weil und solange er „befriedigt" sei".

Der Unterschied zwischen relativem Recht und Anspruch ist weniger leicht ersichtlich als der vorstehende zwischen absolutem Recht und Anspruch. Das relative Recht geht ja von vornherein gegen eine bestimmte Person und zwar kann kraft des Schuldverhältnisses eine Leistung d. h. ein Tun oder ein Unterlassen gefordert werden. Der § 241 B. G. B. entspricht insoweit dem des § 194 B. G. B. [1])

Insoweit aber dieses Recht auf ein Tun oder Unterlassen für die Zukunft gerichtet ist, kann sehr wohl von einem Unterschied zwischen relativem Recht und Anspruch gesprochen werden. Das Beispiel Regelsbergers [2]) ist hier am Platze: „Wenn ich ein Darlehn gegeben habe, rückzahlbar in 3 Jahren, so besitze ich sofort eine Forderung, bin Gläubiger, aber entbehre noch des Anspruchs, höchstens kann ein Anspruch auf Sicherung bestehen."

Nach obigem könnte man nun der Meinung sein, dass Ausdrücke wie bedingte, betagte Ansprüche eine contradictio in adjecto sei. Und dies ist m. E. auch durchaus richtig. vgl. hierzu Cosack [3]): „Anspruch ist die aus einem Rechte entspringende Befugnis, von einem anderen ein sofortiges Tun oder Unterlassen zu verlangen." Desgleichen Crome [4]): „Ist das Schuldverhältnis bedingt oder betagt, so existiert zwar die Forderung, aber noch kein Anspruch." Neben den subjektiven Rechten, welche Ansprüche erzeugen, gibt es noch das tatsächliche Ver-

---

[1]) vgl. Crome, a. a. O. S. 180 Note 10.

[2]) a. a. O. S. 215.

[3]) a. a. O. Bd. I S. 264.

[4]) a. a. O. Bd. I S. 181 Note 11

hältnis des Besitzes, aus dem Ansprüche erwachsen. [1]) M. E. ist diese scheinbare Ausnahme so zu erklären, dass der Besitz an sich ein subjektives Recht am Besitz nach Art der absoluten Rechte schafft, aus welchem erst die in Frage stehenden Ansprüche aus den §§ 861, 862, 1007 sich entwickeln und ergeben. So können wir wenigstens systematisch die Regel aufstellen: Kein Anspruch ohne subjektives Recht, wohl aber gibt es subjektive Rechte, welche keinen Anspruch erzeugen. Auch ist nicht von vornherein mit der Entstehung des Rechtes — wenn überhaupt ein Anspruch aus dem Rechte entstehen kann — ein solcher sofort vorhanden, vielmehr es ist sehr leicht möglich, dass ein solcher Anspruch erst später zur Entstehung gelangt. So bei den dinglichen Rechten in der Regel erst dann, wenn der Berechtigte in dem ihm vom Rechte gewährten Genusse der Lebensgüter gestört wird oder sogar ihm das in Frage stehende Rechtsgut entrissen wird. [2])

Der Anspruch fernerhin kann untergehen, während das subjektive Recht weiter bestehen bleibt. Zunächst einmal ist dies bei absoluten Rechten sehr häufig der Fall, so z. B. wenn dem Eigentümer die von einem anderen besessene Sache zurückgegeben wird. Ein weiteres Beispiel mag hier angeführt werden: Stahl ein Dieb eine Sache, — beweglich muss sie sein, sonst kann er sie nicht stehlen! — und behielt er sie 30 Jahre lang, ohne dass der Eigentümer die Eigentumsklage angestrengt hätte, so bleibt der letztere im Eigentume, seine rei vindicatio aber, sein Anspruch auf Herausgabe der Sache ist verjährt. Wenn nun auch ein verjährter Anspruch nicht untergegangen ist, so ist er doch, gerade in unserem Falle, vollkommen wertlos geworden, da die praescriptio temporis sicherlich vom Dieb zu seinen Gunsten vorgebracht werden wird.

---

[1]) Über die Frage, ob Besitz ein Recht sei, vgl. Strohal: Sachbesitz in Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 1; Kniep: Der Besitz des B. G. B. 1900; Buhl: Recht der beweglichen Sachen 1901. Das Resultat dürften wir nach den §§ 93 und 865, sowie besonders nach dem § 268 — in welchem, falls der Besitz ein Recht wäre der Abs. 1 S. 2 vollkommen überflüssig erschiene — dahin zusammenfassen, dass der Besitz kein Recht im gewöhnlichen Wortsinne ist, aber im allgemeinen wie ein absolutes Recht behandelt wird. „Ein gewöhnliches subjektives Recht, wie andere Rechte ist also der Besitz nicht.“ Crome Bd. III. S. 15 und die dort Zitierten. a. A. Bekker: Aphorismen S. 18; cf. auch Oertmann S. 945 zu § 823. 3d.

[2]) Crome a. a. O. Bd. I S. 179.

Das Gleiche ist der Fall, wenn ein dritter Gutgläubiger die gestohlene Sache inzwischen erlangte, ohne sie 10 Jahre hindurch im Eigenbesitze zu haben. Hier bleibt der Bestohlene Eigentümer, ohne jedoch mit seinem Anspruche aus dem subjektiven Rechte durchzudringen, falls die Sache bereits 30 Jahre in der Hand eines anderen gewesen war. [1])

Das Auseinandergehen von subjektivem Recht und Anspruch hat nicht nur für die absoluten Rechte Bedeutung; auch bei den subjektiv-relativen Rechten können die Ansprüche ihre von jenen vollkommen unabhängigen Schicksale haben. So z. B wie Crome [2]) sehr richtig anführt: wenn die Gesellschaft aufgelöst, wenn der Auftrag widerrufen wird, bleiben trotz des erloschenen Rechtsverhältnisses die einmal daraus entstandenen Rechtsansprüche bestehen.

Die Ansprüche teilen sich nun nach Art der subjektiven Rechte, denen sie entspringen, in solche aus absoluten und relativen Rechten, in Ansprüche aus Rechtsgeschäft, Delikt, dinglichen Rechten, Familienrecht, Erbrecht usw. Unter diesen Kategorien gibt es wieder eine Unzahl von Unterabteilungen, auf welche hier einzugehen zu weit führen würde. Desgleichen muss ich hier auf die qualitative Bewertung der einzelnen Ansprüche aus den verschiedenen Rechten untereinander verzichten, verzichten also — um ein Beispiel zu geben — auf die Lösung der Frage, ob der Herausgabeanspruch aus dem Verwahrungsvertrage qualitativ derselbe ist, wie der aus dem Eigentumsrechte, unter Abstrahierung von dem jedesmal zu Grunde liegenden Recht. [3]) Die einzelnen Ansprüche können nun in die mannigfachsten subjektiven und objektiven Beziehungen zu einander treten. Auszuscheiden sind für unsere Abhandlung alle diejenigen Fälle, bei denen

1. ein Anspruch an die Stelle eines anderen tritt (Novation).
2. der Inhalt eines Anspruchs sich wandelt z. B. an Stelle des geschuldeten Gegenstandes dessen Surrogat gefordert wird (§ 281 B. G. B.).

---

[1]) Entgegengesetzter Ansicht Cosack: Bd. I. S. 264 unter III. 3. Des weiteren können Ansprüche aus absoluten Rechten für sich übertragen werden. vgl. § 931 B. G. B.

[2]) a. a. O. Bd. I. S. 180.

[3]) Es ist nicht abzusehen, ob die Entscheidung hierüber nicht doch in unser Tema einschlägt, indem gerade aus der qualitativen Verschiedenheit sich für die unechte Solidarobligation irgend welche Rechtsfolgerungen eventuell ziehen liessen. Da ich erst nach Fertigstellung der Arbeit auf diesen Gedanken kam, liess sich derselbe für diese nicht mehr verwerten.

Es handelt sich vielmehr um ein Nebeneinanderbestehen verschiedener Ansprüche, welche sich in zwei Hauptkategorien teilen:

A. aus demselben subjektiven Rechte entstanden mehrere Ansprüche

1. gegen ein und dieselbe Person z. B. aus dem Kauf hat der Käufer evtl. vier Rechte: auf Wandlung, Minderung, Schadensersatz oder Lieferung einer mangelfreien Sache.
2. gegen verschiedene Personen und zwar:

α) verschiedenen Inhalts z. B. ein Anspruch gegen die Ehefrau auf Leistung, gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung.

β) gleichen Inhalts z. B. Ansprüche aus einem Delikt gegenüber mehreren Beteiligten, Mittätern, Gehilfen, Anstiftern. (fraglich ist allerdings, ob man diese Ansprüche aus ein und demselben subjektiven Recht entstehend anerkennen mag).

B. Aus verschiedenen Rechtsverhältnissen können die Ansprüche

1. gegen dieselbe Person gerichtet sein, so z. B. Aufbewahrung und Delikt.
2. gegen verschiedene Personen, so z. B. Brandstifter und Feuerversicherungsgesellschaft.

Wie sofort ersichtlich, können nur die Rechtsverhältnisse zu A. 2 und B. 2 für uns in Betracht kommen, da eine Mehrheit von Verpflichteten notwendiges Erfordernis einer jeden Solidarschuld ist. Ein weiteres Erfordernis der Solidarobligation besteht darin, dass die einzelnen geschuldeten Leistungen auf dasselbe gerichtet sein müssen und zwar nach herrschender Lehre dergestalt, dass durch die Leistung des einen Schuldners die ganze Schuld erlischt. Dies ergibt sich für die echte Solidarobligation aus § 421 B. G. B.; ob für die unechte dasselbe der Fall ist, muss später untersucht werden.

Im übrigen kann unter Umständen sogar auch beim Vorliegen von Solidarobligationen der Inhalt der Leistung verschieden sein; doch ist daran festzuhalten, dass die geschuldeten Leistungen prinzipiell gleich gewesen sein müssen. Später eingetretene Veränderungen in der Leistungspflicht wechseln das Bild der Solidarobligation nicht. [1])

[1]) z. B.: der Eine kann den Gegenstand der Obligation noch leisten, der Andere nicht, also Schadensersatzpflicht des Letzteren!

Nach obigem kann also das unter A. 2 d. gegebene Beispiel nicht als solches als eine Solidarobligation im Sinne von § 421 B. G. B. gelten, weil die Leistung der Ehefrau nur mit Genehmigung des Ehemannes möglich wird, es sei denn, dass einer der Ausnahmefälle vorliege, bei denen die Ehefrau zur Verfügung berechtigt ist. [1])

Jedenfalls kann im Normalfalle die Leistung des einen Ehegatten die Leistungspflicht des anderen — denn das Leisten kann auch in einem Dulden bestehen — nicht eliminieren. Es besteht vielmehr nur eine Obligation auf Leistung durch die Ehefrau verbunden mit einem eigentümlichen Verpflichtetsein des Mannes.

Das gleiche Ergebnis erlangen wir, wenn wir von der Accessorietät der Verpflichtung des Mannes absehen aus der einfachen Erwägung heraus, dass hier die beiden Ansprüche des Gläubigers nicht prinzipiell auf dieselbe Leistung gerichtet sind.

Die Fälle, bei denen aus A. 2. Solidarobligationen entstehen, sind:

1. Mehrere verpflichten sich durch einen einheitlichen Vertrag (§ 427 und vorkommendenfalls auch § 431 B. G. B.).
2. es tritt Succession Mehrerer in ein bestehendes Rechtsverhältnis ein (vgl. Miterben).
3. bei Delikten und zwar:

α) es tritt in Konkurrenz das Veranlassungsprinzip und Verschulden, z. B.: § 831 und 834.

β) es tritt in Konkurrenz Verschulden und Verschulden z. B. § 830 [2])

Zu B. 2. Bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen, aus denen Ansprüche gegen verschiedene Personen entstehen, ist regelmässig ein subjektiv-objektiver Konnex gar nicht vorhanden. Wenn ich dem A. meinen Stuhl verkaufe und darauf dem B. meinen Sessel, so haben die entstehenden Ansprüche nichts miteinander zu tun.

---

[1]) So z. B. in Ausübung ihrer Schlüsselgewalt und auch in diesem Falle gilt sie nur als Stellvertreterin ihres Mannes.

[2]) Nicht hierher gehören die Fälle der Gemeinsamkeit der Berechtigung bezw. Verpflichtung z. B. der sog. gesamten Hand. Voraussetzung ist ein intimes Verbundensein der einzelnen in der Gesamthand Befindlichen, welches gänzlich ausserhalb des Rechtsgrundes der Leistung an sich liegt. Diese Verbundenheit bewirkt, dass nur eine Leistung an alle insgesamt zu bewirken, eine Leistung von allen insgesamt zu fordern ist, eine Regel, welche eine Modifikation in der sog. Forderungsgemeinschaft zur gesamten Hand dergestalt, dass jeder der Verbundenen die Leistung an alle insgesamt fordern kann, erlangt.

Der Umstand allein, dass ich sowohl Schuldner des A. wie des B. bin, genügt nicht, um einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Ansprüchen herzustellen. Dieser kann nur insoweit bestehen, als

1. das eine Rechtsgeschäft sich zeitlich und dem Grunde nach auf dem anderen aufbaut. Hierher gehören die Rechtsgeschäfte, welche unter der Bedingung des Abschlusses eines andern Rechtsgeschäftes zu stande kommen.
2. das eine Rechtsgeschäft Hilfsmittel zur Gültigkeit des anderen ist: die genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte und nachfolgende Genehmigung. Nur als ein Rechtsgeschäft aufzufassen (vgl. Vorseite).

Diese beiden Fälle haben mit unserem Thema nichts gemein, denn die Leistungspflicht der einzelnen Personen ist eine verschiedene. Auszuscheiden sind weiter:

3. Die Fälle der Accessorietät d. h. Nebenverpflichtungen des einen Verpflichteten, welche ihre Wirksamkeit zwar aus besonderen Rechtsgeschäften, ihren Inhalt jedoch aus einer gemeinsamen Wurzel erhalten; z. B. Bürgschaft und Gesamtschuldverhältnis. Sie sind Ausfluss einer besonderen Art der Solidarobligationen mit eigentümlichen Regeln, welche sich aus der Bezugnahme des accessorischen Rechtsverhältnisses auf die bereits bestehende Schuld erklären lassen. Wir haben unser Augenmerk nur auf diejenigen Fälle zu richten, bei denen die Leistung aus den verschiedenen Rechtsverhältnissen die gleiche ist.

Hier sind eine Reihe verschiedener Möglichkeiten vorhanden, die Verpflichtung Mehrerer kann beruhen:

1. auf zwei Rechtsgeschäften, welche de facto vollkommen voneinander unabhängig sind und nur in der von den Parteien gewollten wirtschaftlichen Wirkung zusammentreffen, z. B.: Zwei voneinander unabhängige Schenkungsversprechen auf denselben Gegenstand.
2. auf Rechtsgeschäft und Delikt; z. B. Ersatzansprüche gegen Verwahrer und Delinquenten, Versicherer und Brandstifter.
3. auf Rechtsgeschäft und Gesetz; z. B.: Alimentationsvertrag und Alimentationsverpflichtung aus Familienrecht.

Für uns hat der Zusammenhang der einzelnen Ansprüche — wie bereits gesagt — nur insoweit Wert, als es sich um solche handelt, welche gegen mehrere Personen gerichtet sind, denselben

Leistungsinhalt haben, denselben wirtschaftlichen Zweck verfolgen und von denen der eine nicht im Accessorietätsverhältnis zum anderen steht.

Derartige Ansprüche können:

1. auf demselben Rechtsgrunde beruhen, sog. echte Solidarobligationen;
2. auf verschiedenen Rechtstiteln fussen, sog. unechte Solidarobligationen.

Die letzteren erwähnt das B. G. B. ausdrücklich nicht, nur § 255 gibt uns eine Rechtsregel. Trotzdem aber ist ihre begriffliche Selbständigkeit nicht anzuzweifeln. [1] [2]

Ueber obige Unterscheidung sagt Mitteis: [3] „In dieser Beziehung wird Niemand verkennen, dass es nicht rätlich ist, alle passiven Solidarschuldverhältnisse als eine durchaus homogene Masse hinzustellen; man muss dieselben vielmehr nach Ursprung und Zweck in verschiedene Gruppen sondern. Darüber sind denn auch alle, die die hier vertretene Auffassung teilen, einig; es fragt sich nur um das richtigste Einteilungsprinzip."

Von hier aus wird nunmehr auszuführen sein, warum die beiden Arten der Solidarobligationen verschieden zu behandeln sind und in welcher Hauptrichtung die divergierenden Merklinien der beiden Institute verlaufen.

Der § 421 B. G. B. sagt: „Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet."

Die Solidarobligationen oder Gesamtschulden, wie sie das B. G. B. nennt, bestehen also darin, dass dem Gläubiger jeder der Gesamtschuldner aufs Ganze haftet. Der Gläubiger kann von jedem Gesamtschuldner das Ganze oder einen Teil fordern, ohne dass letzterem ein beneficium divisionis zustände. Hat jedoch einer der Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt, so kann dieser

[1] vgl. Oertmann, Vorbemerkung zum 6. Abschnitt unter 5c S. 301 und die dort erfolgte Bezugnahme auf die von der französischen Jurisprudenz ausgebildete solidarité imparfaite.

[2] Dagegen Binder, der z. B. in dem Verhältnis des Versicherers zum zweiten Ersatzschuldner keine unechte Solidarobligation erblickt. vgl. a. a O. S. 563 ff.

[3] a. a. O. S. 476.

den andern Gesamtschuldner nicht mehr belangen. (Befriedigen heisst das Geschuldete leisten, oder aber an dessen Stelle Erfüllungssurrogate geben; z. B. aufrechnen, hinterlegen ohne Rücknahmebefugnis, hingeben eines anderen Gegenstandes an Erfüllungsstatt. (vgl. §§ 422. 268, 774 etc. B. G. B.)

Das obige ist notwendiges Erfordernis aller Solidarobligationen, nicht nur der echten, sondern auch der unechten; ohne dass diese Voraussetzungen vorhanden sind, kann von einem Gesamtschuldverhältnis keine Rede sein; sie sind es, welche die Solidarobligationen von allen übrigen trennen, welche dem Grundsatze huldigen: nomina sunt divisa. (vgl. § 420 B. G. B.)

Im übrigen ist nun zu untersuchen, ob die Regeln der §§ 421 ff B. G. B. auch sonst auf die unechten Solidarobligationen Anwendung finden. Dem Wortlaute der Überschrift nach, sollte man in Ermangelung anderer Bestimmungen der Ansicht sein, dass die gedachten Vorschriften für alle Fälle der Solidarobligationen zutreffen. Aber schon der § 427 B. G. B. belehrt uns eines Besseren: „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner." Hier handelt es sich um das Eingehen einer gemeinschaftlichen Verpflichtung durch Vertrag, also durch einen für Aller Schuld in gleicher Weise verpflichtenden Rechtsakt, ex eodem titulo. [1])

Auf der anderen Seite enthält der § 431 B. G. B. die Vorschrift: „Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner." Dieser Paragraph ist bezüglich des Entstehungsgrundes der einzelnen Schuldverhältnisse indifferent. Von demselben Titel, wie in § 427, ist hier gar keine Rede. Er findet demnach seinem Wortlaute nach auch auf diejenigen Schuldverhältnisse Anwendung, welche verschiedenen Rechtstiteln ihre Entstehung verdanken. Ob im letzteren Falle alle Regeln der §§ 421 ff. Geltung besitzen, mag vorläufig dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird in häufigen Fällen der § 255 B. G. B. zur Anwendung kommen müssen: „Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen."

---

[1]) vgl. Crome a. a. O. Bd. II S. 370. Anm. 7.

Wenn wir diese Regelung mit der des § 426 B. G. B. vergleichen, welcher das Innenverhältnis der einzelnen Solidarschuldner behandelt, so finden wir eine direkte Verleugnung des in letzterem auftretenden Teilungsprinzips nach Kopfteilen. Nun ist der Schadensersatz, von dem § 255 B. G. B. spricht, zunächst durch Naturalrestitution zu bewirken (§ 249 B. G. B.). Diese ist aber möglicherweise eine unteilbare Leistung, denn sie kann in jedem facere bestehen.

Wir finden demnach, dass auch auf unteilbare Leistungen nicht, wie man nach § 431 vermuten sollte, stets alle Vorschriften der §§ 421 ff Anwendung finden, sondern diese letzteren wenigstens im Innenverhältnis cessieren können. Also auch für § 431 besteht nicht immer das Princip der unbedingten Anwendung der §§ 421 ff, insbesondere — wie ich soeben nachwies — ist nicht immer und auf jeden Fall § 426 anwendbar.

Ist es nun so höchst wahrscheinlich geworden, dass die Gesamtschuldverhältnisse, die auf verschiedenen Titeln beruhen, abgesehen von dem allgemeinen im § 421 aufgestellten Prinzipe der Solidarobligationen, verschiedenen Rechtsregeln unterliegen, so muss die Wirkung der unechten Solidarobligation im Gegensatze zu der der echten in dem laxeren Zusammenhang der einzelnen Verpflichtungen, insbesondere den sich aus den verschiedenartigen Obligationen, welche zu Grunde liegen, ergebenden Ansprüchen zu suchen sein.

Dieser inneren Unterscheidung der Ansprüche, z. B. aus Aufbewahrungsvertrag oder Delikt, entspricht auf der anderen Seite die Beziehung der einzelnen Subjekte, insoweit sie im Brennpunkte des aktiv Berechtigten zusammentreffen. Dass dieses Zusammentreffen ein solches feindlicher, widerstreitender Interessen ist, ist klar, umsomehr, als der Angriff gegen den einen durch den aktiv Berechtigten dem andern passiv Beteiligten nur Freude bereiten kann. Deckt der Gläubiger seinen Schaden beim A, was bleibt ihm dann von B zu fordern übrig? Da nun der Ausgleich nicht beim Gläubiger erfolgen kann, so muss eine besondere Rechtsposition zwischen A und B geschaffen werden, sei es unter Zuhilfenahme des Gläubigers, sei es ohne denselben. Um dieses Verhältnis der einzelnen Ansprüche untereinander zu erklären, wird es notwendig sein, die im gemeinen Rechte sog. Korreal- und Solidarobligationen einer eingehenden Untersuchung zu unterwerfen, zumal — wie wir später sehen werden — das

heutige Recht der Gesamtschuldverhältnisse im allgemeinen mit den Regeln des gemeinen Rechtes, soweit sie nicht rein historische Reminiszenzen waren, übereinstimmt. Eine innere Geschichte dieses Rechtsinstituts, abgesehen von einigen Fragen untergeordneter Bedeutung, ist nicht mit Bestimmtheit nachzuweisen.

Wie es den Anschein hat, ist der Gegensatz von Solidar- und Korrealobligationen bereits in sehr früher Zeit vorhanden.

Dazu sagt Leist [1]: „Der Begriff der Korrealität ist offenbar ein in sehr hohes Alter zurückgehender; er umfasst das Conjurieren, Convovieren und Conspondieren." Von einer inneren Entwicklung des Rechtsinstitutes sind keinerlei Anzeichen vorhanden, ausgenommen vielleicht die aus Delikten entstehenden Korrealobligationen. Die äussere Geschichte jedoch, d. h. der Widerstreit der einzelnen, jeweilig herrschenden Ansichten über die Natur der Solidar- und Korrealobligationen bietet ein abwechselungsreiches Bild. Hauptsächlich sind zwei Gruppen von Juristen zu unterscheiden: Die einen huldigen der Einheits-, die anderen der Mehrheitstheorie. [2]

Nach ersterer liegt bei der Korrealobligation nur una eademque obligatio vor, während nach der letzteren mehrere, untereinander durch ein besonderes Band verbundene Obligationen anzunehmen sind.

Sehen wir die Wortfassung der einzelnen Quellenstellen an, so fällt uns die ständige Betonung der una obligatio auf. Dies kann nun heissen: „einzige Obligation"; es kann aber auch mit „Einheit der Leistung" übersetzt werden müssen. Letzteres wird anzunehmen sein; insbesondere weist daraufhin so manche Quellenstelle, bei der von duae obligationes neben der una obligatio die Rede ist. [3] Wenn aber una obligatio nur mit Einheit der Leistung

[1] gräco-italienische Rechtsgeschichte S. 231

[2] Vermittelnd zwischen beiden eine ganze Reihe von Schriftstellern, vgl. die ausführlichen Nachweise in Windscheid: Pandekten Bd. II § 293 Note 1.

[3] vgl. z. B. l. 5 de fidejussoribus et mandatoribus 46, 1: si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet: item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. Plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.

Hieraus ergibt sich m. E. zur Evidenz, dass, wenn mehrere Schuldner sind, die als Korrealschuldner haften, dann auch mehrere Schuldverhältnisse, nicht nur eines vorliegt: vgl. des weiteren: l. 3 pr. D. 45,2; l. 13 D. 45,2 und l. 31 § 1 D. 46,2.

Hingegen spricht das corpus juris auch von una obligatio: z. B. in l. 9 pr. D. 2,14; l. 116 D. 45,1; l. 9 § 1 D. 45,2 u. a. m.

zu übersetzen ist, so würde ein Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen nur dann gemacht werden können, wenn wir in der Jurisprudenz gerade der Quelle, aus welcher der Anspruch auf die Leistung entsteht, eine grössere Bedeutung beimessen. Dieser neue Gedanke, der m. W. von keinem Schriftsteller verwertet ist, wird später zu entwickeln sein. Wenn aber Einheit der Leistung als das angenommen wird, was die gemeinrechtliche Lehre darunter verstand, nämlich eadem obligatio, so musste, um die Korrealobligation im Gegensatz zur Solidarobligation zu erklären, die Unitätslehre auf die Einheit der Obligation, die als Träger der einheitlichen Leistung nur anzusehen war, als das unterscheidende Merkmal zwischen Korreal- und Solidarobligationen verfallen. Sie berief sich, um dies zu beweisen, auf die Einheit der causa und die Einheit des Parteiwillens. Die una obligatio wird also zunächst zum einheitlichen Obligierungsakt und selbst das B. G. B. scheint im § 427 im Gegensatze zum § 420 diesem Gedanken Recht zu geben. Wenn wir nun aber — wie es herrschende Lehre bei den bedeutendsten Pandektisten ist, — Schuldner und Bürgen als Korrealschuldner annehmen, wo bleibt dann die unitas actus? Wenn weiterhin auf den Parteiwillen abgestellt wird, so frage ich, wie kommt es, dass auch ausserhalb der Rechtsgeschäfte Korrealobligationen möglich sind? [1] [2] Ausserdem ist es doch recht zweifelhaft, ob dann, wenn mehrere Personen als Täter, insbesondere als Mit- oder Nebentäter an einem Delikte beteiligt waren, von einer Einheit der causa gesprochen werden kann, da es sich doch, zumal bei der Nebentäterschaft, unbestreitbar um zwei selbständige Delikte handelt. Die Unitätslehre ist m. E. insbesondere auch aus dem Gesichtspunkte heraus zu verwerfen, weil, um ein und dasselbe Schuldverhältnis zu erzeugen, alle Faktoren vollkommen identisch sein müssen. Wie soll denn auch eine litis contestatio auf ein und dieselbe Obligation dergestalt wirken können, dass der eine Schuldner noch verurteilt werden muss, während der andere liberiert wird? Hier macht

---

[1] vgl. l. 1 § 14 D. si quadr. (9,1) i. Verb. mit l. 20 pr. D. de interr. (11,1).

[2] Worauf soll denn gerade in diesen Fällen der Erfolg: „Dass jeder so vollkommen Subjekt der Obligation werde wie wenn er es allein wäre," (Puchta Pand. § 234) zurückgeführt werden? Auf den einheitlichen Obligierungswillen sicherlich nicht.

doch gerade der Römer den Unterschied zwischen der einen und der anderen Obligation! [1])

Leidet nun so die Unitätslehre bezüglich der una obligatio d. h. Einheit des Obligierungsaktes und des Parteiwillens bei Eingehung der cumulativen Verpflichtung an einem Fehler, so bleibt übrig, die una obligatio als una res, eine Leistung, im Gegensatze zur Solidarität, wo mehrere verschiedene Leistungen geschuldet seien, aufzufassen. Diesen Weg betrat bereits Demangeat. Er ging davon aus, dass sowohl bei Solidar- wie bei Korrealobligationen eine einheitliche Obligation vorliege, dass aber der Leistungsinhalt nicht derselbe sei, das Leistungsobjekt nicht una res. Hierauf repliziert Eisele [2]) : „worin soll aber dann bei der einfachen Solidarität die Einheit der Obligation bestehen, wenn nicht wenigstens dasselbe von den mehreren Schuldnern geschuldet wird." Dieser Einwand Eiseles wird richtig sein, doch ist er nicht vollständig; es müsste nämlich zunächst umgekehrt der Satz bewiesen werden, dass ein und dieselbe Leistungspflicht überhaupt bei mehreren verschiedenen Rechtsgründen vorliegen könnte. Es dürfte einmal darauf zurückzukommen sein, dass, wenn derselbe rechtsgeschäftliche Verpflichtungsakt zu Grunde liegt, die Leistungspflicht gleichen Inhalt haben kann und regelmässig hat. [3])

Der vorletzte Satz würde, falls es sich um Rechtsgeschäfte handelte, eine petitio principii in sich schliessen und daher keine Beweiskraft besitzen. Wir können infolgedessen nur von der nicht rechtsgeschäftlichen Obligierung mehrerer Personen aus auf die Richtigkeit oder Verkehrtheit des Obersatzes schliessen. Wir finden eine solche mehrfache Leistungspflicht:

1. bei den Miterben,
2. bei mehreren Delinquenten,
3. bei der Haftung gewisser Personen für Andere. (§§ 31, 89, 278, 831 B. G. B. Art. 77 E. G. B. G. B. § 12 G. B. O.)

In allen diesen Fällen ist der Inhalt der Obligation gleich, nur die Haftung kann eine verschiedene sein, sei es mit dem ganzen Vermögen oder nur mit einem bestimmten Teile desselben. Gehört nun die Haftung mit zum Inhalte der Obligation, dann hat Eisele

[1]) Schon das rechtsgeschäftlich mögliche Erheben des Motivs zum Vertragsinhalt würde, falls es bei einem der mehreren Schuldner eingetreten ist, das Schuldverhältnis zu einem solchen anderer Art umgestalten.

[2]) Eisele a. a. O. S. 393.

[3]) vgl. jedoch S. 10 der Arbeit.

insoweit Unrecht, als selbst nicht einmal bei einer Reihe von Korrealobligationen, falls wir römische Grundsätze annehmen, von einer Einheit der Leistung gesprochen werden könnte. Um zu sehen, ob die Haftung essentiale der Leistungspflicht ist, scheint es mir darauf anzukommen, ob die beschränkte Haftung einredeweise geltend gemacht werden muss, oder ob sie ipso iure eintritt. Wird sie einredeweise vorgebracht werden müssen, so hat der Inhalt der Leistung nichts mit ihr zu tun, die Leistungspflicht besteht aufs Ganze (Beispiel: Miterben). Ist aber die Haftungsbeschränkung ipso iure eintretend, dann gehört sie mit zum Inhalt der Leistungspflicht, z. B. bei der Übernahme eines Vermögens.

Anders wie in letzterem Falle verhält sich m. E. die Haftung für Verschulden; sie ist Voraussetzung für die Leistungspflicht und gehört als solche nicht zum Inhalte derselben. Ist dies richtig, dann ist es nur in den Ausnahmefällen, wo Haftungsbeschränkung für eine geschuldete Leistung ipso iure eintritt, nicht erst ope exceptionis zur Entstehung gelangt, möglich, von einer Verschiedenheit der Leistungspflicht zu reden, denn hier gehört die Haftung mit zum Leistungsinhalt. In allen anderen Fällen, z. B. bei Haftung für Verschulden, sowie der ope exceptionis geltend zu machenden Haftungsbeschränkung, gehört die Haftung nicht zum Inhalte der Leistungspflicht, sie ist hier, — wie bereits gesagt — entweder nur Voraussetzung der Leistungspflicht überhaupt, oder ein blosses Leistungsverweigerungsrecht.

Mithin kann es auch bei unechten Solidarobligationen Einheit der Leistung geben, selbst in den Fällen, wo die Haftung nicht identisch ist. Und nun ist die obige Frage Eisele's berechtigt: worin bei der einfachen Solidarobligation die Einheit der Obligation bestehen solle, wenn nicht wenigstens dasselbe von den mehreren Schuldnern geschuldet wird?

Wenn wir nun so die Unitätslehre aufgeben müssen, dann bleibt uns nur die Annahme übrig, dass sowohl im Falle der Korreal- wie der Solidarobligationen eine Mehrheit von Schuldverhältnissen vorliege und zwar entsprechend der Zahl der auf der Schuldnerseite beteiligten Subjekte.

Hier sind es wiederum zwei Theorien gewesen, durch welche die Wirkung der litis contestatio — der Probierstein für die Erklärung der Korreal- und Solidarobligationen — klar gemacht werden sollte.

Während Baron und Unger eine Doppelseite der Gesamtobligation annehmen, einmal als Schuldverhältnis dem Einzelnen gegenüber, dann aber als Gesamtobligation allen gegenüber und nun eine Reflexwirkung der litis contestatio der Einzelobligation auf die Gesamtobligation behaupten, wollen die Vertreter der anderen Theorie, insbesondere Hölder, die Identität der Einzelobligation fingieren, und da Fiktion stets auf Rechtsordnung beruhe, dieKorrealobligation nur kraft besonderer Rechtsvorschrift eintreten lassen.

Was die Baron'sche Ansicht [1]) anbetrifft, so geht dieser Schriftsteller von derGesamtobligation aus und zwar von dem Willen der beteiligten Personen, dass die Obligation nicht geteilt werden solle. Sämtliche correi müssten demnach als Einheit behandelt werden; da aber jeder correus selbständiges Rechtssubjekt sei, so erzeuge die Gesamtobligation ipso iure Sonderobligationen gegen die einzelnen correi. Daher komme es, dass nicht der Einzelne behaupte, Schuldner zu sein, sondern dass er es neben den anderen sein wolle, woraus sich denn die Wirkung der litis contestatio erklären lasse, weil mit der einen Obligation zugleich die Gesamtobligation in judicium deduziert sei.

Der Baron'sche Gedanke leidet m. E. an dem Fehler, dass er durch Konsumption der Einzelobligation die Gesamtobligation mit erlöschen lässt. Jedenfalls genügt seine Erklärung nicht für den Fall, dass der Kläger von dem Vorhandensein mehrerer correi bei Erhebung der Klage keine Mitteilung machte, sodass von einer deductio der Gesamtobligation gar nicht gesprochen werden kann.

Unger nimmt — anders wie Baron — seinen Ausgangspunkt von der Einzelobligation und behauptet, dass die Einzelobligationen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis ständen, sodass die Einzelobligation die übrigen Einzelobligationen und hierdurch erst die Gesamtobligation in ihr Geschick verwickele.

Somit hat Unger den Begriff der Gesamtobligation de facto fallen gelassen und sich nur auf das Verhältnis der Einzelobligationen untereinander beschränkt. Er hat nicht eine Erklärung darüber gegeben, warum durch litis contestatio der Einzelobligation die andere Einzelobligation erlösche, worin das dieselben verbindende Band, welches wir bis dahin als Gesamtobligation bezeichnet hatten, bestehe.

Was endlich Hölder angeht, [2]) so ist mit einer Fiktion alles zu erklären. Es ist längst von der Wissenschaft erkannt, dass es

[1]) Baron, Pandekten S. 458.

[2]) Das Wesen der Korrealobligationen; Festschrift für v. Scheurl. S. 37 ff.

in Fällen, wo von einer Fiktion die Rede ist, keine Erklärung gibt und dem Juristen zugemutet wird, auf ein resigniertes non intellegimus seine Konstruktion aufzubauen. So lange wir also noch irgend eine Erklärungsmöglichkeit haben, darf auf keinen Fall fingiert werden. Da wäre es schon rätlicher, eine als unrichtig erkannte Hypothese vorläufig der juristischen Konstruktion zu Grunde zu legen, denn die „Fiktion" wirkt lähmend auf die Jurisprudenz ein.

Haben nun diese Konstruktionen über das „Warum" der Wirkung der litis contestatio der Korrealobligationen keine richtigen Anhaltspunkte ergeben, so sind hier nur noch kurz die Anhänger der Utilitätstheorie zu erwähnen, welche davon ausgehen, dass die Römer mit Bewusstsein ein Rechtsinstitut hätten schaffen wollen, bei welchem durch Belangung eines der mehreren Schuldner die Obligation überhaupt zum Erlöschen gebracht werde. Dies sei für die bonae fidei Kontrakte in den actiones adjecticiae qualitatis, für die stricti juris Kontrakte in der Korrealstipulation geschehen. Hierbei tritt uns die Korrealobligation hauptsächlich als

α) Sicherungsmittel durch die Mehrheit der Schuldner,

β) Vereinfachungsmittel durch die Konsumption bei der litis contestatio entgegen; aber erklärt wird hierdurch das Wesen der Korrealobligation auch nicht.

Allerdings mag bei den actiones adjecticiae qualitatis der Gedanke der Römer der gewesen sein, den Gläubiger zu veranlassen, den Hausherrn allein und definitiv anzugreifen, anstatt sich am wirtschaftlich unselbständigen Haussohne oder Sklaven zu erholen. Wir müssen aber stets berücksichtigen, dass die actiones adjecticiae qualitatis nur deswegen eine solche Bedeutung erlangten, weil den Römern das Institut der direkten Stellvertretung prinzipiell nicht bekannt war. Dieser Gedanke des Angriffs des Selbständigen für einen Unselbständigen kann aber bei der Korrealstipulation nicht ausschlaggebend gewesen sein, womit ein bestimmtes Prinzip für die Utilitätslehre entfällt. Sie stellt nur die Lehre auf, dass die Korrealobligation in der angegebenen Art wirke, nicht aber warum.

Dernburg [1]) endlich weist darauf hin, dass das passive Korrealverhältnis Sicherung des Gläubigers gegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sei. Der Zweck dieser Sicherung würde, wenn er ausschliesslich massgebend gewesen wäre, dazu geführt haben, dass litis contestatio gegen alle Schuldner möglich gewesen

[1]) Dernburg, Pand. Bd. II. § 72 S. 194.

wäre. Wenn nun aber der litis contestatio in diesem Falle nicht gesamtzerstörliche Wirkung beigelegt worden wäre, so sei mehrfaches Judikat und infolgedessen mehrfache Exekution möglich gewesen. Man habe also vor der Alternative gestanden, zuzulassen:

1. Die Konsumption aller Obligationen durch die eine litis contestatio, oder
2. die Teilung des einen Schuldverhältnisses nach Kopfteilen, oder
3. die Vervielfachung der ganzen Obligation.

Zu 3. wäre ein grösseres Übel eingetreten, zu 2. wäre die Sicherung nicht in allen Punkten durchgeführt worden, nämlich insoweit nicht, als Einer seinen Teil nicht leisten konnte. Zu 1. sei als das kleinere Übel gewählt worden.

Hiergegen meine ich, lässt sich anführen, dass den Römern die exceptio doli ebensowenig unbekannt war, als die condictio ex causa finita. Hiermit hätten sie sich bei der Vervielfachung der ganzen Obligation genügend helfen können, wie sie es ja auch bei der unechten Solidarobligation unzweifelhaft getan haben. Das Prinzip der Vervielfachung der ganzen Obligation ist jedenfalls das Zweckmässigste falls Rechtsbehelfe, wie die obigen, dem Schuldner zur Verfügung stehen, um gegen einen, denselben Gegenstand fordernden Gläubiger vorzugehen.

Andere Schriftsteller haben die Erklärung der gesamtzerstörlichen Wirkung der litis contestatio bei der Korrealobligation aus dem Wesen der litis contestatio heraus zu geben versucht und zwar aus dem bereits frühzeitig zur Geltung gelangten Satze heraus: bis de eadem re ne sit actio. Voraussetzung für diese Erklärungsmöglichkeit ist, dass eadem res nachgewiesen werden muss, jedenfalls für diejenige Zeit, in der zuerst Korrealobligationen aufkamen.

Nach den eingehenden Untersuchungen Eiseles [1]) ist unbedenklich anzunehmen, dass die älteste Korrealobligation in die Zeit zu verlegen ist, wo jemand ein idem promittieren oder ein idem stipulieren konnte, worauf dann weiter stets in den Fällen, wo eadem res anzunehmen war, die Konsumptionswirkung der litis contestatio analog angenommen werden musste. Dieses eadem res ist aber nicht identisch mit eadem obligatio, vielmehr liegt eadem res nur bei Gleichheit der causa obligationis vor, während eine Verschiedenheit der Subjekte hierbei ganz gut bestehen kann.

[1]) Eisele a. a. O. S. 410 ff.

Eadem res ist aber auch nur dann anzunehmen, wenn jeder der Schuldner dieselbe Leistung ganz zu bewirken verpflichtet ist. Wir haben also eine doppelte Funktion:

α) Ausschluss der Teilung der Leistung,

β) Ausschluss der Vervielfältigung der Leistung.

Beide stützen sich auf die eadem causa, beide bewirken den identischen Leistungsinhalt.

Der Ausschluss der Teilung wird im römischen Rechte konstatiert durch promissio in idem oder in solidum. Den Ausschluss der Vervielfältigung der Leistung bildet die eadem causa an sich.

Mit den Quellenstellen, insbesondere

l. 8 § 1 leg. 1; [1])

l. 5 § 15 comm. 13,6; [2])

l. 3 pr. si mensor 11,6; [3])

l. 1 c. de condictione furtiva 4,8; [4])

l. 1 § 43 depos. 16,3; [5])

l. 18 § 1 de adm. et per. tut. et cur. qui gess. vel non, et de ag. vel conv. uno vel plur. 26,7; [6])

l. 37 cod. 26,7;

l. 2 pr. und § 1 c. de divid. tut. 5,52;

l. 15 de tut. et rat. distrah. 27,3; [7])

stimmt die obige Ansicht nicht überein.

Eisele hat bezüglich derselben, insbesondere aus den eben citierten, von Ulpian herrührenden Stellen Interpolationen nachzuweisen versucht, nach welchen, der Tendenz nachklassischer Jurisprudenz folgend, das Gebiet der Korrealobligationen derart eingeschränkt worden sein soll, dass die Grundlage, welche die eadem causa schuf, verdunkelt wurde.

Wenn ich nun auch die Ansicht Eiseles, dass zur Entstehung von Korrealobligationen eadem causa und eadem res nötig sei, für durchaus diskutierbar halte, so finde ich doch die Meinung desselben Schriftstellers, [8]) dass bei Aufbewahrung und Kommodat, falls Mehrere zusammen die Aufbewahrung übernommen bezw.

---

[1]) vgl. das „et solutum".

[2]) vgl. das „alter conventus praestiterit"

[3]) vgl. das „si satis fecerit altero convento".

[4]) vgl. das „actum demum, si ab uno satisfactum fuerit ceteros liberari".

[5]) vgl. das „non enim electione sed solutione liberantur."

[6]) vgl. das „alter non liberabitur."

[7]) vgl. das „sufficit unum satisfacere."

[8]) Eisele, a. a. O. S. 445 ff.

die Sache geliehen haben, Korrealschuldverhältnisse vorlägen, unrichtig. Ich bestreite, dass bei Aufbewahrung und Kommodat eadem res vorhanden sei, wenn auch nominell der Inhalt beider Leistungen identisch zu sein scheint. Wenn A dem X und Y zusammen eine Sache zur Aufbewahrung übergibt, so heisst das nicht, dass, wenn X sorgfältig seiner Obhutpflicht nachkommt, nun Y seiner Verpflichtung ledig wäre. Beide Leistungen sind inhaltlich verschieden. A will, dass X sorgfältig wache, aber es genügt ihm dies nicht, weshalb er den Y dazu bestellt. X sieht besser als Y, hingegen hört Y besser als X, um den Fall drastisch darzustellen. Die Leistung des X ist hier: ordentlich zu sehen, des Y: ordentlich zu hören; demnach sind die Leistungen der beiden Aufbewahrer nicht gleich, was heute besonders durch die Haftung für culpa quam suis dokumentiert wird. Die Römer nahmen allerdings in diesem Falle nur die Verpflichtung zu abstrakter Diligenz (culpa lata) an, doch kann auch dies nicht darüber hinweghelfen, dass die Leistung des einen Aufbewahrers eine von der des anderen durchaus verschiedene ist.

Darum entstand auch, wie Unger [1]) ebenfalls annimmt, bei Kommodat und Depositum nach römischem Recht ohne besondere Abrede blosse Solidarität (l. 1 § 43 D. dep. 16,3; l. 5 § 15 D. commod. 13,6; l. 9 pr. D. de duobus reis constituendis 45,2.) Für das Kommodat und für die Aufbewahrung kann natürlich möglicherweise Korrealobligation eintreten, falls beide Entleiher in einem Sozietätsverhältnis stehen, die entliehene Sache ihnen also gemeinschaftlich denselben Nutzen gewähren soll. Mangels eines solchen Gemeinschaftsverhältnisses der Parteien kann von einer Korrealobligation nicht die Rede sein.

Wenn nun also die Ansicht Eiseles, was Kommodat und Depositum angeht, m. E. nicht als unumstösslich richtig erscheint, [2]) so verbleibt doch die eadem res und eadem causa auch meiner Ansicht nach als Basis der Korrealobligation im Gegensatz zur Solidarobligation. Folglich ist es wenigstens möglich, dass der Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen auf der besonderen Wirkung der litis contestatio beruht. Wie steht es nun aber mit der eadem causa und eadem res bei einer Mehrheit von Delinquenten? Ulpian sagt in l. 1 § 13 de tut. et rat.

---

[1]) a. a. O. S. 296, Anm. 213.

[2]) vgl hierzu auch den meinen Standpunkt teilenden Mitteis a. a. O. S. 424

(27, 3): nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio justa damni ex maleficio est. Dieser Satz, der scheinbar eine verschiedene causa annimmt, falls mehrere als Mittäter delinquiert haben, kann für die Ansicht der verschiedenen causa nicht ins Feld geführt werden, denn es handelt sich bei dem Ausspruch Ulpians nur um das Innenverhältnis der Täter. Der Römer sagt, die Delinquenten hätten untereinander keine societas im Rechtssinne, infolgedessen könnten sie auch nicht mit der actio pro socio gegeneinander vorgehen. Ein gemeinsames Handeln bleibt dabei vollkommen ausser Betracht. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass nach aussen hin die Mittäter ex eadem causa haften können. So z. B. dann, wenn Mehrere zusammen einen Diebstahl an einem Schrank ausgeführt haben, den der Einzelne nicht hätte bewerkstelligen können. Nun sehen wir aber, dass bei der actio doli Mehrere nur als Solidarschuldner haften, [1]) andrerseits bei der actio legis Aquiliae jeder auf's Ganze ohne Befreiung durch litis contestatio oder Zahlung und zwar mit der Begründung: cum sit poena. [2]) Vielleicht liegt der Unterschied in der arbiträren Natur der actio doli, bei welcher durch Restitution jeder weitere Anspruch einfach fortfällt, denn, wie bei der lex Aquilia, so ist auch bei den Noxalklagen von mehreren Herren des einen delinquierenden Sklaven jeder auf's Ganze verpflichtet. [3]) Bei der actio quod metus causa, l. 14 § 15 D. (4, 2) und bei der actio rationibus distrahendis, l. 2 § 2 D. (27, 3) sehen wir, dass durch Restitution sämtliche Nötiger bezw. Vormünder befreit werden. Wiederum anders entscheiden: l. 1 § 13 D. (43, 16) und l. 15 § 2 D. (43, 24), nach welchen Gesamtwirkung der litis contestatio, d. h. also Korrealobligationen angenommen werden. Eisele [4]) erklärt nun diese Gesammthaftung so, dass die Römer bei einzelnen Delikten mehr auf den Schaden, bei anderen mehr auf die Strafe gesehen hätten, und endlich einen Unterschied gemacht hätten zwischen gemeinsamem und nicht gemeinsamem deliktischen Handeln. Eisele glaubt, dass die Entwickelung der Deliktsobligationen zu reinen Korrealobligationen im römischen Rechte nicht abgeschlossen worden sei, dagegen heute gemeinschaftliche Delikte bezüglich der

[1]) vgl. l. 1 § 4 de eo per quem (2, 10): si plures dolo fuerint, omnes tenentur, sed si unus praestiterit poena, ceteri liberantur cum nihil interest. ebenso l. 17 pr. de dolo (4, 3).

[2]) vgl. l. 11 § 2 D. ad legem Aquiliam (9, 2).

[3]) vgl. l. 5 pr. de noxali act. (9, 4) und l. 17 eodem.

[4]) a. a. O. S. 473.

Schadensersatzpflicht passive Korrealobligationen erzeugten, sodass auch bezüglich der Delikte der Grundsatz von eadem causa und eadem res Platz greife.

Eisele sieht demnach in der Identität des Schuldinhalts bei Einheit der causa das massgebende Unterscheidungsmerkmal der Korrealobligation. Der Inhalt der Leistung bei der Korrealobligation ist nach ihm ganz genau derselbe, wie bei der Solidarobligation, die una causa aber der Grund der eigentümlichen Wirkung der Litiscontestation. Demgemäss verneint Eisele den Unterschied zwischen Solidar- und Korrealobligation, ohne indessen einen solchen zwischen der echten Solidar- und Korrealobligation einerseits, der unechten Solidarobligation andererseits zu leugnen. Demgegenüber steht Unger auf dem Standtpunkt, dass Korreal- und Solidarobligationen begrifflich durch die Gemeinsamkeit der Haftung verschieden seien. Korrealität ist nach diesem Schriftsteller [1]) Gemeinsamkeit und Ungeteiltheit der Haftung; Solidarität, Getrenntheit und Ungeteiltheit der Haftung. Bei der Korrealität soll der Zweck des ganzen Instituts der sein, dass jeder Einzelne auf das Ganze belangt werden kann, bei der Solidarität die unbeabsichtigte Folge. Nur ist mir nicht erklärlich, weshalb deswegen bei der Korrealobligation die Haftung des Einen erlischt, wenn der Gläubiger den anderen Korrealschuldner angriff. Es mag natürlich klingen, wenn man sagt: Er wird sich den Begütertsten aussuchen, [2]) denn hier ist der Gläubiger sicher, — falls einer der Schuldner oder alle zusammen die Schuld überhaupt leisten können — seine Forderung beglichen zu sehen.

Gegen die Ansicht Ungers lässt sich anführen: l. 6 pr. D. (45, 2): Duos reos promittendi facturus, si utrumque interrogavero, sed alter dumtaxat responderit, verius puto, eum qui responderit obligari neque enim sub conditione interrogatio in utriusque persona fit, ut ita demum obligetur, si alter quoque responderit. Hieraus lässt sich doch m. E. ersehen, dass, wenn die Parteien die Gemeinsamkeit der Haftung gewollt hätten, doch auch der Einzelne, der versprochen hat, im Falle der andere nicht verspricht,

[1]) Unger a. a. O. S. 236.

[2]) Wie obenstehend Mitteis a. a. O. S. 461 ff. mit sehr guter Begründung. Der einzige Grund, weshalb es wünschenswert ist, den Freispruch des Korrealschuldners auch auf die übrigen Korrealschuldner auszudehnen, besteht darin, den freigesprochenen Korrealschuldner vor einem Regress eines nachträglich verurteilten Mitschuldners zu schützen.

allein haftbar werden kann, demnach also von einer „Schuldgemeinschaft“ keine Rede ist. Hätte auch der andere promittiert, so wäre m. E. doch Korrealobligation eingetreten. Wir dürften diese Quellenstelle auch noch ferner verwenden! Weiterhin müsste, wenn nur die „Gemeinsamkeit der Haftung“ die Grundlage der Korrealobligation wäre, ein subjektiver — nicht dinglich allen gegenüber — wirkender Erlassvertrag nicht möglich sein, was aber nach allgemeiner Ansicht sehr wohl, wenn auch indirekter Weise mit Hilfe des pactum de non petento, zu erreichen war. [1]) Das Gleiche, wie im Falle des pactum de non petendo, ist zu sagen beim Eintritt der confusio.

Auch Mitteis [2]) geht — wie Unger — von der Wesenverschiedenheit der Korreal- und Solidarobligationen aus und zwar unter Voranstellung folgender Beispiele: A und B nehmen von C zusammen und gleichzeitig ein Darlehn auf mit der Zusage ungeteilter Haftung, und die Versicherungsgesellschaften A und B versichern den C für denselben Schaden, von einander nicht wissend, zu verschiedenen Zeitpunkten.

Aus diesen Beispielen ersehe ich keinerlei Verschiedenheit der Obligationen an sich, sondern nur der Rechtsverhältnisse der Darlehensschuldner bezw. der Versicherungsgesellschaften untereinander. Denn: ist die Darlehnsschuld von dem einen bezahlt, so ist sie auch für den anderen erloschen. Das Gleiche ist der Fall bei der Schadensversicherung; bei der Summenversicherung kann ipso jure die Frage nach Korrealität und Solidarität nicht aufkommen. Dann sagt Mitteis, [3]) an obige Beispiele anknüpfend: „Erscheinen dort die Verpflichtungen wie zu einer einzigen von vornherein verbunden und verschlungen, so laufen sie hier ohne Berührung nebeneinander, ihrem gemeinsamen Endpunkte entgegen. Kann es bezweifelt werden, dass, wo wir soviel des Gegensatzes fühlen, auch das Recht demselben Ausdruck verliehen haben wird?“

Es wird durchaus nicht bestritten, dass diese beiden Beispiele schon auf den ersten Blick eine Verschiedenheit zeigen, nur ist es eine petitio principii, wenn Mitteis behauptet, dass die Darlehnsobligation von vornherein den Anschein nur einer Obligation erwecke. Dies ist eben nicht der Fall, vielmehr ist der Anschein

[1]) vgl. Mitteis a. a. O. S. 439/440.

[2]) a. a. O. S. 421.

[3]) a. a. O. S. 422.

der Doppelobligation nach wie vor gewahrt. Nur das interne Verhältnis ist im zweiten Falle ein anderes wie im ersten, was auch zu erweisen ist. Eine Obligation geht nämlich ihrer Bestimmung nach auf solutio. Auf welche Weise diese herbeigeführt wird, ist nicht Gegenstand des materiellen, sondern des Prozessrechts. In letzterem liegt die Durchführung des Anspruchs. Nun meine ich, es würde doch wohl keinem Zweifel unterliegen, dass sowohl von jedem der beiden Darlehnsschuldner, wie von jeder der beiden Versicherungsgesellschaften die Leistung verlangt werden kann, dass also gegen jeden dieser Schuldner eine vollgültige Obligation bestehe. Nur im Innenverhältnis befinden sich die Schuldner zueinander in verschiedener Lage, das drücken eben die Mitteis'schen Beispiele aus und mehr nicht. In der Gemeinsamkeit des Eingehens der Darlehnsobligation durch die beiden Schuldner liegt die Sicherung des Gläubigers nur insoweit, als er von jedem der beiden Schuldner verlangen kann, jeden auf die ganze Summe belangen kann. Derselbe Effekt würde durch die den Römern allerdings nicht bekannte kumulative Schuldübernahme des einen der beiden Schuldner ipso jure erreicht sein. Auch die Bürgschaft unter Verzicht auf das beneficium excussionis würde, abgesehen von der der letzteren anhaftenden Accessorietät zur Hauptschuld, [1]) denselben wirtschaftlichen Erfolg haben. Nun liegt aber nicht, wie Mitteis es will, in einer solchen gemeinschaftlichen Obligerung eine besondere Stellung des Gläubigers zu seinen Schuldnern, vielmehr nur der Hinweis des Gläubigers auf seine beiden Schuldner: Seht, Ihr beiden haftet mir, während im Beispiel der Versicherungsgesellschaften der Gläubiger diesen Hinweis unterlässt. [2]) Warum? Hat er ein Interesse daran? Nein. Aber die Schuldner haben das Interesse. In der Gemeinsamkeit ihres Verpflichtungsgeschäftes liegt normalerweise auch die Gemeinsamkeit der Interessen und hieraus folgt erst die Gemeinsamkeit ihrer Haftung im Innenverhältnis nach Kopfteilen; daher auch das Wort „im Zweifel" im § 426 B. G. B.

Bei der kumulativen Schuldübernahme, bei der Bürgschaft liegt die Sache durchaus anders. Für erstere ist das Interesse des

[1]) Wenn die Hauptschuld verjährt ist, ist es auch die Bürgschaftsschuld; ist dem Hauptschuldner erlassen, dann wirkt dieser Erlass auch stets gegenüber dem Bürgen usw.

[2]) Sehr lehrreich ist in dieser Hinsicht das praejudicium an praedictum sit. vgl. lex Cicereia.

Gläubigers massgebend. Der Schuldübernehmer will normalerweise privativ übernehmen, oder aber dem Gläubiger Sicherheit leisten. Mit der privativen Schuldübernahme ist aber der Gläubiger nicht zufrieden. Er hat einen guten zahlungsfähigen Schuldner und daraus erklärt es sich, dass er dem Uebernehmer sagt: Du kannst ja auch als Schuldner eintreten, ich will, wenn dies verlangt werden sollte, durch ein pactum in continenti adjectum mit Euch beiden ausmachen, dass ich zunächst den Uebernehmer belange, ohne meinen ersten Schuldner aus der Haftung zu entlassen. Daher liegt auch bei der kumulativen Schuldübernahme m. E. nicht die Vorschrift des § 426 „im Zweifel" vor, dass die Schuldner im Innenverhältnis nach Kopfteilen haften, vielmehr meine ich, müsste hier, damit sie nach Kopfteilen haften, ihr gemeinsames Interesse, z. B. der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, bewiesen werden. Es wird demnach der Richter sofort den Uebernehmer fragen: Warum wolltest Du denn kumulativ übernehmen? Lautet die Antwort: Weil der Gläubiger die privative Uebernahme nicht genehmigte, so wird im Zweifel im Innenverhältnis der Uebernehmer dem ersten Schuldner regresspflichtig sein.

Gegensätzlich hierzu verhält es sich mit der Bürgschaft. Sie dient nur zur Sicherung des Gläubigers und nur die in dieser liegenden Vorteile soll sie dem Gläubiger gewähren. Letztere finden sich darin, dass der Gläubiger nur beim Bestehen einer solchen Sicherung das Darlehn gibt, Kredit gewährt, stundet. Mithin kann auch der Bürge, wenn er die Forderung des Gläubigers beglich, den Regress am Schuldner nehmen.

Wie wir sehen, ist die Gemeinsamkeit des Obligierungsaktes nichts anderes, als der Ausdruck des normalerweise vorliegenden gemeinsamen Interesses. Dass ein solches gemeinsames Interesse auch ohne einen gemeinsamen Obligierungsakt vorliegen kann, ist durchaus richtig, wird aber nicht vermutet, muss also erst bewiesen werden. Dieser Beweis ist nun von selbst vorhanden bei den mehrfachen Delinquenten, denn ihr Interesse — wenn auch nicht gewollt — ist gleicherweise die Befreiung von ihrer Verbindlichkeit: der Schadensersatzpflicht, wenn sie auch keine „Gesellschaft" in diesem Sinne bedeuten. (vgl. die bereits erwähnte l. 1 § 13 D. (27, 3). Daher kommt auch die bei ihnen von den Römern im Prinzip angenommene Korrealität. [1]) Auch

[1]) Im übrigen vgl. das auf S. 24/25 Gesagte.

Mitteis [1]) hat sich im Sinne dieser Argumente ausgesprochen, wenn er sagt: „Jene Wechselbeziehung beruht, wo wir sie finden, lediglich darauf, dass der auf gemeinsame Verschuldung gerichtete Wille meist ein stillschweigendes Regressverhältnis begründen wird, aus welchem dann wieder Exzeptionen, gegenseitiger Vertretungswille und derg. von selbst folgen werden. Wir haben dann die Kette: gemeinsamer Wille, folglich Regressverhältnis, Regressverhältnis, folglich exzeptionsweise Gesamtwirkung gewisser Befreiungsakte; Gesamtwirkung, folglich gegenseitige Vertretung oder auch Gemeinsamkeit der Haftung.“ Nur ist hier wieder nicht richtig, dass aus dem gemeinsamen Willen sich stets ein Regressverhältnis ergeben soll. Ein Beispiel sei gegeben: Die Leihe eines Buches durch Vater und Sohn, wenn das Buch vom Sohne allein benutzt werden soll. Hier ist an eine Regresspflicht zwischen Vater und Sohn, falls ersterer den Schadensersatz hat leisten müssen, nicht stets zu denken und zwar gerade wegen der besonderen, persönlichen Beziehungen zwischen den beiden Kontrahenten. Dass derartige persönliche Verhältnisse auch heute noch eine bedeutende Rolle spielen, geht aus dem B. G. B. hervor, insoweit, als geleistete Alimentation durch nahe Angehörige kraft Gesetzes als Schenkung angenommen wird. (§ 685. Abs. 2 B. G. B.)

Ist dies nun richtig, dann kann die Regresspflicht als solche auch nicht für oder gegen das Bestehen einer Korreal- oder Solidarobligation massgebend sein. Dass im Normalfalle bei der Korrealobligation die Regresspflicht häufiger vorliegen wird als bei der Solidarobligation, braucht wohl nicht besonders erwähnt zu werden. Was bleibt dann schliesslich als Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen übrig als nur die Wirkung der litis contestatio, die sich aus der letzteren allein erklären lässt? Zu demselben Resultate gelangt schliesslich auch Mitteis, [2]) indem er sagt: „Es braucht kaum mehr ausgeführt zu werden, wie sich nach dem Gesagten die praktische Bedeutung des Korrealitätsbegriffes ziemlich vollständig verliert. Sehen wir von einigen offenbar singulären Rechtssätzen ab, so von der gemeinsamen Unterbrechung der Klageverjährung und dem wechselseitigen Kompensationsrecht der correi socii, ferner von dem sehr bestrittenen und gewiss zweckwidrigen beneficium divisionis der Nov. 99, so stehen Solidarität und Korrealität gleich.“

[1]) a. a. O. S. 443.
[2]) a. a. O. S. 474 unter § 12.

Ihering [1]) endlich legt den Kardinalunterschied zwischen der Korrealobligation und der Solidarobligation in die Wirkung der exceptio rei judicatae und zwar sei bei Solidarobligationen dem Zweitbelangten die exceptio rei judicatae versagt, während sie bei der Korrealobligation dem Zweitbelangten unzweifelhaft zustehen soll. Ist also der erste, angegriffene Schuldner freigesprochen, so soll der zweite, dritte Schuldner nicht mehr belangt werden können. Der Gedanke ist hier wohl der: wenn der erstbelangte Schuldner definitiv freigesprochen ist, dann könnte er dadurch auf indirektem Wege zur Haftung gezwungen werden, dass gegen seinen Korrealschuldner eine Klage angestrengt würde. Wäre diese Klage von Erfolg, so könnte der zweitbetroffene Schuldner — da der Freispruch des erstbelangten den Regressanspruch des zweitbelangten nicht ausschliesst — verhältnismässig am erstbelangten, freigesprochenen Schuldner Regress nehmen.

Hier sind zwei Fragen zu beantworten:

1. ist durch den Freispruch zugleich das Verhältnis zwischen dem erst- und zweitbelangten Schuldner in ein anderes Stadium getreten?
2. kann der zweitbelangte Schuldner sich dem Gläubiger gegenüber darauf berufen, dass infolge des ersten Freispruchs ihm die Möglichkeit der Regressnahme genommen sei?

Unser heutiges bürgerliches Recht hat im § 776 die Entscheidung getroffen, dass, insoweit der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht aufgegeben hat, der Bürge befreit wird. Also könnte sich der eine Korrealschuldner auf die Befreiung des anderen Korrealschuldners insoweit berufen, als er selbst Regress zu nehmen in der Lage gewesen wäre, und dies ist auch die vernünftigste Entscheidung. Sie wird gestützt durch den schon bei unserer Besprechung der Mitteis'schen Ansicht aufgestellten Satz, dass eine Regresspflicht bei der Korrealobligation nicht stets vorzuliegen brauche, dass demnach die exceptio rei judicatae durchaus nicht immer unzulässig sein muss, — natürlich nur im wirtschaftlichen Sinne genommen. Dass die Römer bei der sog. Korrealobligation diese Wirkung der litis contestatio mit einem der Schuldner annahmen, wird durchaus nicht bestritten. Im übrigen gibt es eine solche Anzahl persönlicher Einreden, welche nur der eine Korrealschuldner, nicht aber der andere

[1]) vgl. z. B. Die aktive Solidarobligation S. 185/186.

vorzubringen in der Lage ist, — z. B. der eine Korrealschuldner war minderjährig, geisteskrank, im Irrtum, — dass es als Härte erscheint, wenn der Gläubiger deswegen auch auf eine Einziehung seiner Forderung von dem anderen Korrealschuldner verzichten müsste. Am besten scheint mir diese Härte in die Erscheinung zu treten, wenn wir einmal annehmen, der Gläubiger habe erfahren, dass einer der beiden — ich möchte sagen vermeintlichen Korrealschuldner sich im Irrtum befunden habe; er weiss nur nicht, welcher. Greift er den A an und war dieser der sich Irrende, dann kann er nach Ihering gegen den B überhaupt nichts mehr machen. Greift er aber, denselben Tatbestand vorausgesetzt, den B an, dann bekommt er seine ganze Forderung ersetzt, denn B kann sich auf den Irrtum des A nicht berufen. Ich halte, wie bereits oben gesagt, die erste Schlussfolgerung für verkehrt. Hat der Gläubiger den A verklagt, und dieser sich auf Irrtum berufen, dann kann B die exceptio rei judicatae dem A nicht entgegenhalten; wohl aber kann, wenn es sich um einen sachlichen Einwand des Schuldners A handelt, B — wie oben bereits gesagt — sich auf den infolge Freispruchs des A mangelnden Regressanspruch stützen in Analogie des § 776 B. G. B. [1] [2] Auch ich also bin mit Ihering der Ansicht, dass die exceptio rei judicatae nicht schlechthin bei allen Solidarobligationen gewährt werden darf, behaupte aber, dass auch bei den sogenannten Korrealobligationen eine auf alle Fälle zutreffende exceptio rei judicatae vom vernunftmässigen Standpunkt durchaus nicht zuzutreffen braucht, mithin die Frage nach Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der exceptio rei judicatae mit der Frage nach dem Bestehen einer Korreal- oder Solidarobligation im gemeinen Recht nichts zu tun hat.

---

[1]) Dies wäre m. E. die einzig richtige Entscheidung, ich vermute auch, dass sie sich in den Quellen vorfinden wird. Für unser heutiges Recht haben wir dieselbe Erscheinung direkt im Handelsrecht. Ist eine offene Handelsgesellschaft verurteilt worden, so können die einzelnen Gesellschafter sachliche Einwendungen nur insoweit vorbringen, als sie nach Erlass des Urteils entstanden sind, persönliche Einwendungen sind indessen durchaus von jedem vorbringbar, trotz des ergangenen Urteils.

[2]) Vgl. hierzu Mitteis S. 440 a. E.: „Die Rechtsordnung tut genug, wenn sie in jenen Fällen, wo die Correi an der gemeinsamen Befreiung ein Interesse haben, dieses Interesse unter Voraussetzung seiner Erweisbarkeit exzeptionsweise berücksichtigt."

Wenn ich mich nun auch nicht der immerhin bedeutungsvollen Beweisführung Binders, nach welcher die Ribbentropsche Unterscheidung selbst für das römische Recht jeder Begründung entbehre, anzuschliessen vermag, so finde ich doch das Ergebnis der obigen Untersuchung in der Ablehnung des Unterschiedes zwischen Korreal- und Solidarobligationen für das heutige Recht. [1])

Was die Römer, sei es auf Grund der eadem res und eadem causa, sei es auf Grund des gemeinsamen Interesses, oder wie Mitteis [2]) sagt, des Willens, in dieser Hinsicht aufgebaut haben, ist m. E. in der Form nicht mehr zu gebrauchen. Meiner Vermutung nach ist allerdings aus dem Zivilprozess noch manches hier Interessierende nachzutragen, was auf den nun einmal bestanden habenden Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen klärend wirkt. Doch würde dies zu weit führen und die Akten über die Wirkung der litis contestatio, die Bestreitung des Forderungsrechts durch den Beklagten u. s. w. im römischen Prozess sind für unser heutiges Recht geschlossen. Das Eine steht fest: Der Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität im römischen Sinne existiert nicht mehr, der Inhalt der verschiedenen Obligationen ist durchaus der gleiche, die Haftung dieselbe. Statt dessen aber tritt ein neues Problem an uns heran, dem wir Lebenden näher stehen: Das Problem der echten und unechten Solidarobligationen.

---

[1]) Ebenso Mitteis a. a. O. S. 443: „Wenn wir demnach auf diesem aprioristischen Wege zwischen passiver Korrealität und passiver Solidarität einen wesentlichen Unterschied nicht zu entdecken vermochten, so erübrigt uns noch zu erklären, warum, wie wir selbst im Eingang des § 1 zugaben, in vielen Fällen der Korrealität, wie z. B. bei gemeinsamen korrealen Darlehen, allerdings eine gewisse Wechselbeziehung der Schuldner von uns empfunden wird. Diese Erklärung findet sich nach dem bis jetzt Gesagten von selbst. Jene Wechselbeziehung beruht, wo wir sie finden, lediglich darauf, dass der auf gemeinsame Verschuldung gerichtete Wille meist ein stillschweigendes Regressverhältnis begründen wird, aus welchem dann wieder Exceptionen, gegenseitiger Vertretungswille von selbst folgen werden.

[2]) a. a. O. S. 442 § 5: „Fassen wir nunmehr alles zusammen, was uns die Betrachtung der bestehenden Korrealitätstheorien über die Natur des passiven Korrealverhältnisses ergeben hat, so ergibt sich uns als Resultat lediglich das, dass in der Korrealität die Haftung Mehrerer auf dieselbe Leistung durch bewussten Willen (der Parteien, des Testator, des Gesetzes) begründet wird, während diese Haftung bei der Solidarität eine rein zufällige ist. vgl. auch Dernburg; Pand. II S. 194.

Ich komme hiermit auf einem, allerdings von dem Eisele's in manchen Punkten verschiedenen Wege, zu dem von ihm auf S. 478 gezogenen Resultat. [1])

Was nun den Unterschied in der Behandlung echter und unechter Solidarobligationen anbetrifft, so wird sich derselbe zunächst aus einer Untersuchung der Wirkung von Erfüllung oder Erfüllungssurrogaten der einen Obligation ergeben müssen. Weiterhin könnte das Verschulden, die Verjährung, das pactum de non petendo bei dem einen Schuldner irgend eine Wirkung auf die andere Obligation äussern. Endlich wäre die nähere Betrachtung des Innenverhältnisses zwischen echten und unechten Solidarschuldnern vielleicht hier von Bedeutung.

Dass Erfüllung und Erfüllungssurrogate auch dem anderen Solidarschuldner gegenüber (bei der echten, wie bei der unechten Solidarobligation) in irgend einer Weise wirken, erklärt sich sehr einfach aus der eadem res, dem gleichen Leistungsinhalt. Auf die Art dieser Einwirkung, und ob dieselbe bei echten und unechten Solidarobligationen verschieden ist, darauf werde ich später zurückkommen.

Zunächst sei hier die Frage beantwortet, ob Verschulden, Verjährung, Konstitutum, pactum de non petendo einen Unterschied in der Behandlung echter und unechter Solidarobligationen zu erzeugen imstande sind.

In Betracht kommt der § 425 B. G. B.: „andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen (Erfüllung, Hingabe an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlass dem einen Schuldner gegenüber mit dem Willen, allen zu erlassen und die mora accipiendi) wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der

---

[1]) Mit der Auflösung der Solidarität i. e. S. ist die Frage, ob im heutigen Rechte noch zwischen der Korrealität und dieser Solidarität zu unterscheiden sei, gewissermassen von selbst erledigt. So wie gestellt, ist sie natürlich zu verneinen, denn dieser Unterschied hat weder im klassischen noch im justinianischen Recht bestanden. Denkt man aber nur an die Fälle der unechten Solidarität, so ist die Frage zu bejahen; die Gründe, welche geltend gemacht worden sind für die Fortdauer des Unterschieds von Korrealität und Solidarität i. e. S., treffen in der Tat nur zu für die unechten Solidarfälle.

Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteile."

Dieser § 425 bezieht sich auf die Fälle der echten Gesamtschuldnerschaft, bei denen also eadem causa vorliegt. [1]) Dann muss er doch auch sicher auf diejenigen Fälle Anwendung finden, bei welchen eadem res nicht auf Grund einer eadem causa gefordert wird. Nun gibt es aber doch — wie eben gesagt — einzelne Fälle, bei denen Einwendungen, welche dem einen der Gesamtschuldner zustehen, auch auf den anderen übergehen, nämlich der Erlass und der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Hauptschuldner.

Dass der Erlass zu Gunsten eines Schuldners, falls er in rem gemeint ist, auch den anderen Schuldnern gegenüber wirkt, muss als durchaus singuläre Bestimmung angesehen werden. [2]) Mit den allgemeinen Regeln des B. G. B. ist sie deshalb nicht vereinbar, weil der Erlass ein Vertrag ist, der seiner Natur nach nur zwischen den beiden Kontrahenten abgeschlossen werden kann. Soll ein Anderer aus diesem Vertrage berechtigt werden, so ist dies nur auf zweierlei Weise möglich, entweder:

a. Der Vertrag ist ein solcher zu Gunsten Dritter, oder
b. der eine der Handelnden ist Stellvertreter der dritten Person, wobei es nicht ausgeschlossen ist, dass er auch in eigenem Namen auftritt.

Nach § 328 B. G. B. kann ein Vertrag in der Weise abgeschlossen werden, dass ein Dritter unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung aus dem Vertrage zu fordern. Dies würde an sich nicht gegen die Möglichkeit der Existenz von Befreiungsverträgen zu Gunsten Dritter sprechen, wohl aber tut dies der von Zimmermann in seiner stellvertretenden negotiorum gestio aufgefundene Unterschied zwischen den Verträgen zu Gunsten Dritter und dem Abschlusse von Verträgen durch Stellvertreter. Während bei der ersten Art von Verträgen der eine Vertragskontrahent, welcher sich eine Leistung zu Gunsten des Dritten versprechen lässt, sein eigenes Rechtsgeschäft führt, sein eigenes Interesse im Auge hat, will der Vertreter lediglich im Namen und im Interesse des Vertretenen handeln. Dieser Anschauung huldigt auch das B. G. B. (vgl. die §§ 329, 330, 331, 332, 335!)

[1]) vgl. die Einleitung der Arbeit.

[2]) vgl. hierzu für Rom die Wirkung der acceptilatio. Mitteis a. a. O. S. 450/451.

Wo soll aber in unserem Falle das eigene Interesse des vertragschliessenden Solidarschuldners herkommen, es sei denn aus der Möglichkeit heraus, dass er eventuell dem anderen Solidarschuldner gegenüber gemäss § 426 im Innenverhältnis verpflichtet wäre? Diese Ansicht habe ich aber bereits früher unter analoger Anwendung des § 776 B. G. B. zurückgewiesen, [1]) indem ich dem einen Solidarschuldner, soweit sein Regressrecht gegenüber dem anderen Solidarschuldner infolge eines den letzteren freisprechenden Urteils erloschen ist, gegen die Vollforderung des Gläubigers eine exceptio doli zugestanden habe.

Ist dem einen Solidarschuldner erlassen, so mangelt auch der Regressanspruch des anderen Solidarschuldners. Der bei dem Erlassvertrag beteiligte, erste Solidarschuldner führt demnach bei der Entgegennahme des Erlassantrags — soweit er in rem und nicht nur an seine eigene Person bezüglich der eigenen Schuld gerichtet ist — und der darauf folgenden Annahmeerklärung ein fremdes Geschäft, nicht sein eigenes und kann daher nur als Vertreter der übrigen Solidarschuldner in Betracht kommen.

Gibt es nun solche Fälle, bei denen Jemand, ohne Vertreter zu sein, als solcher kraft Gesetzes vermutet wird? Wir müssen hier unterscheiden zwischen vermuteter gesetzlicher und vermuteter rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht. Für unseren Fall ist nur an die letztere zu denken. Den Tatbestand des procurator praesumptus finden wir auch im § 370 B. G. B. wieder; ebenso kennt das Prozessrecht in der notwendigen Streitgenossenschaft den Begriff des procurator praesumptus, sodass es nicht gewaltsam erscheint, auch in § 425 eine solche gesetzlich vermutete Vertretungsmacht anzunehmen. Dass hier ein Fall des procurator praesumptus vorliegt, erklärt sich aus der eadem causa, welche der echten Solidarobligation zu Grunde liegt. Es ist eben sehr häufig mit dem Erlass der Schuld einem der Solidarschuldner gegenüber der Wille des Gläubigers verbunden, allen Schuldnern zu erlassen; die Forderung, dass jeder Schuldner mit dem Gläubiger einen besonderen Erlassvertrag abschliesse, wäre zu umständlich.

Aus der Zurückführung des präsumtiven Stellvertretungsverhältnisses auf die eadem causa ergibt sich m. E. die einfache Schlussfolgerung, dass bei unechten Solidarobligationen von einem Erlassvertrag im Sinne des § 423 keine Rede sein kann.

---

[1]) vgl. S. 31 der Arbeit.

Nach § 424 wirkt die mora accipiendi ebenfalls den anderen Schuldnern gegenüber. Diese Wirkung der mora accipiendi — soweit sie zu Gunsten des anderen echten Solidarschuldners eintritt — könnte man auf die eadem res zurückzuführen versucht sein. Dem ist aber nicht so, vielmehr bietet auch hier die eadem causa den Grund zur Reflexwirkung des Gläubigerverzuges auf die anderen Solidarschuldner. Zum Beweise dessen kommt es zunächst darauf an, zu untersuchen, welcher Gedanke den für den Gläubiger so ungünstigen Rechtsfolgen aus seinem Annahmeverzuge zu Grunde liegt. Ich finde ihn darin, dass der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, und dem Gläubiger dies bekannt war bezw. sein musste. Ein Verschulden irgend welcher Art braucht beim Gläubigerverzug nicht vorzuliegen; der Gläubiger haftet nicht für sein Verschulden, sondern nur für Nichtannahme der erfüllungsfertigen Leistung.

Wie kann aber aus dieser Haftung nun noch eine Reflexwirkung auf den anderen (echten) Gesamtschuldner eintreten? Die Antwort lautet: weil der Gläubiger infolge der eadem causa, des einheitlichen Verpflichtungsgrundes, vom einen Schuldner nicht soll mehr verlangen können, als er infolge seiner Nichtannahme vom anderen Schuldner zu verlangen in der Lage ist. Der Gläubiger soll zwar von jedem der Schuldner fordern können; hat aber einer derselben ihm freiwillig angeboten, so soll er anzunehmen gezwungen sein dadurch, dass seine Nichtannahme — sobald sie geschah — auch dem anderen Solidarschuldner zu gute kommt. Die Schuldner sollen wegen der Gemeinsamkeit der dem Rechtsverhältnis zu Grunde liegenden causa in der Lage sein, ihre Leistungen durch einen von ihnen bewirken zu lassen; sie haben ein Recht darauf, dass irgend einer von ihnen die Schuld begleicht. M. a. W.: Dem Rechte des Gläubigers, von jedem seiner Solidarschuldner die gleiche Leistung zu fordern, tritt das Recht der Schuldner gegenüber zu verlangen, dass er die Leistung eines beliebigen von ihnen annehme, falls sie ihm in ordnungsgemässer Weise angeboten wird. Denn es ist ja z. B. dieselbe Kaufschuld, die A anbietet und B und C leisten müssen. Trotz pactum de non petendo in personam wäre der Gläubiger, falls ihm die Leistung von demjenigen Schuldner, welchem er dieselbe stundete bezw. erliess, angeboten würde, m. E. dem Einwand der übrigen Schuldner aus dem Annahmeverzuge ausgesetzt.

Die Wirkung hängt nun eng mit der der Erfüllung durch einen der Schuldner zusammen. Durch die Nichtannahme der

Leistung vereitelt der Gläubiger die Erfüllung und mit ihr auch die Befreiung der übrigen Schuldner von ihrer Verbindlichkeit. Jede Vereitelung oder Erschwerung der Erfüllung durch den Gläubiger kommt aber den übrigen Schuldnern zu gute, und daraus ergibt sich die Wirkung des Annahmeverzugs, die nur aus der eadem causa erklärt werden kann. Anders liegt der Fall bei der unechten Solidarobligation. Hier ist es m. E. dem Gläubiger nicht zu verwehren, die Annahme auf das Angebot z. B. der Vertragsschuld zu verweigern, um gegen den Deliktsschuldner auf Vollzahlung vorzugehen. Letzterer kann sich auf den Annahmeverzug des Gläubigers nicht berufen, denn seine Schuld basiert auf einem ganz anderen Rechtsverhältnis. Dass z. B. der Gläubiger die erfüllungsfertige Leistung (Schadensersatz) aus dem Verwahrungsvertrage nicht annahm, berechtigt den Dieb nicht, sich darauf zu berufen, dass der Gläubiger von dem Verwahrer in Annahmeverzug gesetzt sei. Der Gläubiger wird ihm sagen dürfen: Du haftest ja aus Delikt, was kümmert dich mein Verwahrungsvertrag mit einem Dritten, Du sollst ja nicht eine Schuld aus dem Verwahrungsvertrage, sondern die deinige aus dem Delikt begleichen! Was soll auch die Vereitelung oder Erschwerung der Schulderfüllung des einen unechten Solidarschuldners für den vereitelnden Gläubiger bezüglich des anderen unechten Solidarschuldners im Gefolge haben, wo das Interesse an der Leistung des einen nicht mit dem an derjenigen des anderen identisch ist? Ich gehe sogar weiter und werde später den Beweis dafür antreten, dass das sich Berufen des einen unechten Solidarschuldners auf die Erfüllung durch einen anderen unechten Solidarschuldner juristisch etwas ganz anderes bedeutet, als der gleiche Vorgang unter echten Solidarschuldnern.

Wenden wir uns nun dem Hauptpunkte unserer Aufgabe zu, nämlich der Frage: Wie wirken die Erfüllung oder die Erfüllungssurrogate durch einen der unechten Solidarschuldner auf die Leistungspflicht des anderen ein?

Es wird zu diesem Behufe in die Interpretation des § 255 B. G. B. einzutreten sein, der die endgültige Lösung für diejenigen unechten Solidarobligationen bringt, welche auf Vertrag einerseits, auf Delikt andererseits beruhen: „Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf

Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen.“ Abzutreten sind also alle Ansprüche, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache zustehen. Was heisst dies: auf Grund des Eigentums? Dass dahin sämtliche Ansprüche gehören, welche als dingliche aus dem Eigentum in den §§ 985, 987, 988 und 1005 B. G. B. normiert sind, [1]) ist klar; Zweifel bestehen dagegen über den Anspruch aus dem § 1007. Grundlage dieses Anspruchs ist die Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes, vgl. § 1007 Abs. 3 Satz 1: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat.“ Dass auch der frühere Besitzer, der nur ein persönliches Recht auf den Besitz hatte, den Rechtsbehelf aus § 1007 gegen den jetzigen Besitzer geltend machen kann, ist unzweifelhaft. Gehört nun trotzdem noch der Anspruch aus § 1007 zu den auf Grund des Eigentums entstandenen Ansprüchen? In Rom würde die actio Publiciana wohl als ein solcher, aus dem Eigentum entstandener Anspruch (sit venia verbo!) anzusehen sein, denn Grundlage des Anspruchs war ja fingierter Ersitzungsbesitz. Eine gleichartige Regelung im heutigen Recht ist nicht erfolgt, vielmehr genügt die Tatsache des bösgläubigen Besitzerwerbes des gegenwärtigen Besitzers bezw. auch bei gutgläubigem Erwerb der unfreiwillige Besitzverlust des früheren Besitzers, um den Anspruch aus § 1007 zur Entstehung gelangen zu lassen.

Die Einwendungen des gegenwärtigen Besitzers sind:

a. bei Bösgläubigkeit oder unfreiwilligem Besitzverlust:
   1. der frühere Besitzer war bei Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben,
   2. alle Einwendungen, welche nach § 986 dem Besitzer gegen einen Eigentumsanspruch zustehen.

b. bei Bösgläubigkeit während des Besitzerwerbs:
   der Einwand, dass der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben habe.

c. bei unfreiwilligem Besitzverlust:
   1. der Einwand, er sei Eigentümer,
   2. der Einwand, dass die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen sei.

Wie wir sehen, passt der 4. Titel des Sachenrechts: Ansprüche aus dem Eigentum nicht auf den Tatbestand des

[1]) § 1004 kommt normalerweise nicht in Betracht.

§ 1007, selbst nicht, wenn wir die Rechtsvermutung des § 1006 als Grundlage des Anspruches aus § 1007 annehmen wollten. Der gleichen Ansicht ist im Ergebnis Oertmann [1]), der kraft Analogie den § 1007, als dem § 255 unterstehend, ansieht. Ich halte die Ansicht Oertmanns für richtig.

Im § 255 ist weiterhin gesagt, dass, wer für den „Verlust eines Rechtes" Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen. Hierzu gehören:

1. Die Rechte, welche zum Besitze einer Sache berechtigen, wenn der Besitz der Sache entzogen ist: Pfandrecht, Niessbrauch.
2. Die Rechte, welche an sich verschlechtert worden sind, z. B. infolge von Verjährung; oder deren wirtschaftliche Durchführung verschlechtert ist, z. B. der Schuldner gerät in Konkurs.

Allerdings ist bezüglich dieser Rechte zu bemerken, dass der Tatbestand des § 255 unter Umständen und speciell in den hier angegebenen Beispielen nicht ohne weiteres vorliegt, da ja hier nicht ein „auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehender Anspruch", vielmehr das Recht selbst übertragen wird. Trotzdem bleibt auch hier die analoge Anwendung des § 255 durchaus richtig. [2])

Diese Ansicht hängt zusammen mit der Beantwortung der Frage, ob der Gläubiger, wenn eine Sache beschädigt ist, nur den Minderwert der beschädigten Sache oder aber ihren vollen Wert gegen Herausgabe des noch vorhandenen, beschädigten Stückes verlangen kann. Das Prinzip finden wir wieder in den §§ 280, 286, 325 B. G. B. und zwar dahingehend, dass eine verschlechterte Leistung plus dem Minderwert kein Ersatz ist. Vielmehr kann als Ersatz, falls ein Interesse des Gläubigers an dem Erhalten der verschlechterten Leistung nicht mehr vorliegt, nur der volle Geldersatz gelten, demgegenüber dem Gläubiger die Pflicht zur Abtretung der beschädigten Sache oder des juristisch oder wirtschaftlich verschlechterten Rechtes obliegt. In Bezug hierauf äussert sich Degenkolb [3]) ganz richtig: „Die abgenutzte Sache und der dazu

[1]) Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch S. 286
[2]) vgl. Dernburg: Bürgerl. Recht II. § 34 a. E.
[3]) Archiv für die civil. Praxis Bd. 76 S. 69 ff.

addierte Ersatz des Minderwertes stellen den „früheren Zustand“ in keiner Weise wieder her, nicht in natura, nicht in Form des Ersatzes. Das ganze ist Flickwerk.“

Bei Verschlechterung des Rechtes tritt demnach die Anwendung von § 255 streng genommen nur ein, um einen Fall der Analogie des in den §§ 280, 286, 325 aufgestellten Rechtsprinzips zu schaffen, d. h. damit der Gläubiger die facultas alternativa hat, den vollen Schadensersatz in Geld zu beanspruchen, dafür aber das beschädigte Recht selbst an den den Schadensersatz Leistenden übertragen muss. Dass der Letztere k e i n Recht hat, das beschädigte Recht seinerseits cediert zu verlangen, indem er sich zum vollen Schadensersatz erbietet, scheint dem angegebenen Prinzip durchaus zu entsprechen. [1])

Es bezieht sich § 255 weiterhin auf die Deliktstatbestände, nach welchen die schuldhafte Verletzung einer Sache oder eines Rechtes ersatzpflichtig macht, denn auch hier ist der Schadensersatz „auf Grund des Eigentums“ zu leisten, wenn auch die Verletzung des Eigentums an sich normalerweise nicht ersatzpflichtig macht. (cf. §§ 992 und 989 B. G. B.) Es muss eben schuldhafte Verletzung vorliegen; insoweit ist Crome [2]) zuzustimmen, welcher sagt, dass schon die Fassung des § 255 ausser Zweifel stelle, dass „auf Grund der mehrfachen Haftung nur der zuerst belangte Vertragsschuldner die Abtretung der Ansprüche des Beschädigten wider den Deliktsschuldner fordern kann, nicht umgekehrt der Deliktsschuldner“. Also hat jedenfalls Crome die Forderungen aus Delikt unter diejenigen subsumiert, welche auf Grund des Eigentums entstehen. Dies ist auch m. E. unzweifelhaft. Wichtig ist ferner die Beantwortung der Frage, ob bei Verletzung von Vertragspflichten, falls durch dieselbe das Eigentum betroffen erscheint, die hieraus entspringende Forderung ebenfalls als auf Grund des Eigentums entstanden anzusehen ist. Vorerst sind in dieser Beziehung die Grenzen zwischen der Behandlung der Delikte und Verträge festzustellen. Zu diesem Zwecke wird der Tatbestand, dass jemand gegen seine Aufbewahrungspflicht verstösst, zugleich schuldhafterweise das Eigentum eines anderen verletzt und so aus § 823 B. G. B. haftbar wird, zu untersuchen sein.

---

[1]) Vgl. im übrigen bezüglich der obigen Ausführungen die durchschlagenden Erörterungen Oertmanns, a. a. O. S. 303 f. u. 313 ff.

[2]) a. a. O. II S. 82.

Das Eigentum ist in beiden Fällen die konstante Grösse tatsächlich, rechtlich jedoch ist es ganz gleichgültig, ob die aufzubewahrende Sache dem Aufbewahrer oder einem Dritten gehört, oder ob sie in Niemandes Eigentum steht. Letzteres würde der Fall sein, wenn eine derelinquierte Sache gefunden ist und der Finder den Okkupationswillen nicht gehabt hat. z. B. Ich finde auf der Strasse ein Buch, welches der frühere Eigentümer, zornig über die in demselben vorgebrachten Tendenzen, fortwarf. Ich nehme das Buch auf und hinterlege es, im Glauben, es sei verloren, bei der Polizeibehörde. Wir sehen demnach, dass es bei den Verwahrungsverträgen nicht ohne weiteres auf das Bestehen eines Eigentumrechtes ankommt. Hat die Polizeibehörde oder ein Dritter, bei dem ich das Buch hinterlegte, dieses schuldhaft zu Grunde gehen lassen, so kann ich als Hinterleger aus dem Verwahrungsvertrage Ersatz verlangen. Dieser Ersatz richtet sich nun nicht nur nach dem Werte des Buches, sondern nach dem ganzen Interesse, das ich an der Erfüllung des Vertrages hatte. Dieses Interesse ist ein besonderes, ausserhalb des verletzten Objektes liegendes, es ist subjektives Interesse, damnum emergens und lucrum cessans (vgl. § 249 ff. B. G. B.). Auch das Interesse beim Delikt umfasst damnum emergens und lucrum cessans, aber in einem anderen, engeren Sinne. Natürlich ist, dass, wenn ich ein Rechtsgeschäft bezüglich des deliktisch zerstörten Gegenstandes abgeschlossen habe, der mir durch die unerlaubte Handlung entgangene Vorteil von dem Delinquenten ersetzt werden muss. Andererseits aber kommt bei der Verletzung der Vertragspflicht noch das besondere Vertragsinteresse hinzu, weswegen ich den Vertrag abschloss; z. B. deswegen, damit ich später einen Vorteil erlange und diese Chance muss mir als solche vergütet werden. Während es sich also beim Delikt nur um den objektiven Wert des verletzten Gegenstandes sowie den mit Wahrscheinlichkeit aus etwaigen, bereits abgeschlossenen, Rechtsgeschäften oder sonstigen Vorkehrungen zu erwartenden Gewinn handelt, kommt bei der Schadensersatzpflicht aus Verträgen ein weiterer Ersatz in Betracht, die durch den Vertrag ermittelte Chance zum Gewinn; denn der Verletzte muss in dieselbe Lage gebracht werden, in welcher er sich befände, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, in dieselbe Lage, als wenn die unmöglich gewordene Leistungspflicht des anderen Kontrahenten noch bestünde. Man wende nicht ein, dass eine vage Hoffnung auf eventuellen Gewinn

hier zum Gegenstande des Ersatzanspruchs gemacht werde, dies würde ein Schaden sein, der nicht Vermögensschaden ist. Nein, was hier ersetzt werden soll, ist die Möglichkeit des Gewinnes, die sich als bestimmter Wert sehr häufig präsentiert. Auch bei Delikten ist eine ähnliche Erscheinung möglich, aber nur dann, wenn zwischen dem Verletzten und einem Dritten eigentümliche Rechtsbeziehungen bereits bestanden. Diese äussern sich vielfach in einem, über den Nominalwert hinausgehenden, Werte des verletzten Gegenstandes. Z. B. bei der ungarischen Prämienlotterie sind 50 Lose als gewinnbringend aus der Summe der übrigen ausgeschieden. Auf je eines von diesen 50 Losen wird ein Gewinn von 100 000 Mk. und von 50 000 Mk., auf drei von 10 000 Mk. und auf alle übrigen ein solcher von 500 Mk. entfallen. Ein solches Prämienlos hat nun nicht den Marktwert, der dem reellen Werte entspricht, nämlich dem Nominalbetrage des Loses nebst $^1/_{50}$ der Summe aller auszuzahlenden Gewinne, sondern einen erheblich höheren. Auf genau demselben Prinzip beruht überhaupt jede Lotterie; der wahre Wert des Loses ist stets geringer wie der Verkaufswert. Der zwischen dem wahren Werte und dem Verkaufswerte liegende Betrag ist der Wert der Chance zum Gewinn, der reell ist, weil der Markt ihn aufnimmt. Wenn nun ein solches Prämienlos zerstört wird, so ist nicht etwa sein Nominalbetrag, nebst $^1/_{50}$ der Summe aller Gewinne, sondern der Verkaufswert des Loses vom Zerstörer zu ersetzen, also nicht nur der nach den getroffenen Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Gewinn. Hier ist also ausnahmsweise beim Delikt auch die Chance zum Gewinn zu ersetzen und zwar, weil ein darauf zielendes Rechtsverhältnis bereits bestand. Normalfall ist das aber nicht, denn bei deliktischer Haftung kann ja nur der nach den getroffenen Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Gewinn ersetzt werden, während bei Berechnung des Vertragsschadens das Rechtsgeschäft selbst als Vorkehrung zur Erzielung von Gewinn in Anschlag zu bringen ist. [1])

[1]) Vgl. hierzu Oertmann a. a. O. S. 288 d, ohne mit der hier gegebenen Begründung zu operieren: „Nicht dagegen unterliegen der Abtretung nach § 255 solche Ansprüche, die dem Ersatzberechtigten auf Grund einer besonderen obligatorischen Beziehung Dritten gegenüber zustehen, also z. B. Ansprüche gegen eine Versicherungsgesellschaft aus dem Versicherungsvertrage. Das Gegenteil ist zwar von Weyl (Vorträge I S. 328) allen Ernstes behauptet worden, aber ohne den Schatten eines Beweises. Der Vertragsanspruch gegen den Versicherer kann doch unmöglich als ein Anspruch bezeichnet werden, der dem Versicherten auf Grund seines Eigentums an der

Liegt also in dem Schadensersatze aus Verträgen mehr als der Ersatz des Objektes infolge Eigentums- oder Rechtsverletzung, so kann auch von einem Anspruch auf Grund des Eigentums bei der Verletzung von Vertragsverpflichtungen keine Rede sein. Infolgedessen sind auf Grund des § 255 deliktische Ansprüche wohl übertragbar, auf Vertrag sich stützende Ansprüche des Verletzten aber nicht.

Der oben geschilderte Unterschied zwischen der Verletzung der Vertragspflicht und der unerlaubten Handlung ist auch im Gesetze sanktioniert. Der Kläger muss, im Falle eine unerlaubte Handlung vorliegt, den Klagegrund beweisen, d. h. normalerweise die schuldhafte Verletzung des absolut geschützten Interesses, z. B. Verletzung des Eigentums, während er bei Verletzung der Vertragspflicht nur den Abschluss des Vertrages zu beweisen hat, der Gegner aber nach § 282 B. G. B. dartun muss dass die Unmöglichkeit der Leistung ohne sein Verschulden entstanden ist. Grund der Ersatzpflicht ist demnach im ersten Falle die Verletzung des Eigentums oder des Rechtes, im zweiten Falle der Vertragsabschluss, falls die Leistung unmöglich geworden ist.

Die Schlussfolgerung hieraus zu ziehen, bleibt der späteren Untersuchung vorbehalten.

Das Eine ist nun ohne weiteres als sicher anzunehmen, dass sich nach § 255 die Regresspflicht zunächst einmal nach dem Inhalt der Ersatzansprüche an sich richten wird, dann aber auch unzweifelhaft nach dem Verhältnis der Ersatzpflichtigen untereinander. Letztere stehen doch in gar keinem Verhältnis zu einander, fehlt doch die Einheit der causa! In der eadem res kann doch

---

Sache zusteht; mit ebensoviel oder besser ebensowenig Recht könnte man den Anspruch des Verkäufers oder Vermieters einen „Anspruch auf Grund des Eigentums“ nennen!

Auch innere Gründe sprechen gegen eine solche Auslegung. Man mag darüber verschiedener Ansicht sein, ob es wohlgetan ist, dem Versicherer ein Anrecht auf Abtretung der Ansprüche des Versicherten gegen den dritten Schädiger zu geben; wie es aber Weyl als Gebot der Billigkeit bezeichnen kann, dass dem Beschädiger — etwa einem Einbrecher! — ein Recht auf Abtretung der Ansprüche des Versicherten gegen den Versicherer gewährt werde, dafür fehlt mir jedwedes Verständnis “ [1])

[1]) Anders liegt die Sache, wenn von zwei Versicherern einer in Anspruch genommen wird; hier hätte eine Klagabtretung gute innere Gründe für sich und es ist Stammler (Einrede aus s. Recht eines Dritten S. 64) Recht zu geben, dass „alles auf die Zulassung eines solchen Ausgleichungsanspruchs hindrängt,“ wie er dem englisch-amerikanischen Recht schon angehört. Aber auf § 255 kann man ihn derzeit nicht stützen.

ein solches Innenverhältnis an sich nicht gefunden werden. Wohl aber tritt ein Innenverhältnis im Falle der Leistung des einen unechten Solidarschuldners durch die Befreiung des Gegners von seiner Verbindlichkeit bezw. — wie ich später zeigen werde — in der Ermöglichung der Geltendmachung der exceptio doli generalis durch den Letztgenannten ein. Diese Reflexwirkung schafft ein eigentümlich geartetes Innenverhältnis zwischen dem einen und dem anderen unechten Solidarschuldner.

Die Regresspflicht ergibt sich m. E. nicht aus dem Verhältnis zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Ersatzberechtigten, sondern aus dem internen Verhältnis zwischen den beiden Ersatzpflichtigen und zwar aus der objektiven Genesis der beiderseitigen Verpflichtungen, verbunden mit der Wirkung der Erfüllung auf die andere Obligation. Das Prinzip dürfte wohl folgendes sein: Nur insoweit, als der Verpflichtete, wenn er selbst der Verletzte wäre, Regress am Verletzer nehmen könnte, nur insoweit kann er sich den Anspruch gegen den anderen Ersatzpflichtigen abtreten lassen. Der Deliktsschuldner kann demnach die Abtretung irgend welcher Ansprüche deswegen nicht verlangen, weil, wer seine eigene Sache zerstört, im Normalfalle keinen Ersatz verlangen kann, ausgenommen dann, wenn der Eigentümer seine Sache selbst beschädigte, um dadurch eine dritten Personen drohende Gefahr abzuwenden. (Fall der negotiorum gestio).

Mit dieser Regel kommen wir auch für den Fall aus, dass eine gesetzliche Verpflichtung neben einer deliktischen vorliegt, denn der Delinquent könnte, wenn er sich selbst verletzt hätte, zwar von seinen alimentationspflichtigen Verwandten, nicht aber von den dem wirklich Verletzten gegenüber Alimentationspflichtigen Ersatz verlangen.

Die beiderseitigen Verpflichtungen zum Schadensersatze treffen sich in einem Punkte, nämlich beim Verletzten. Nur in Beziehung auf den Verletzten sowie das verletzte Objekt kann von einem Innenverhältnis zwischen den beiden Ersatzverpflichteten die Rede sein. Wir müssen demnach, um bezüglich der internen Ausgleichungspflicht zu einem Resultate zu gelangen, jene eigenartige Projektion vom Standpunkte des Verletzers auf denjenigen des Verletzten vornehmen. Durch letztere erklärt sich auch die Ablehnung der cessio legis, an deren Stelle dasbeneficium cedendarum actionum getreten ist. An sich haben die beiden Ersatzpflichtigen nichts miteinander zu tun; der leistende Ersatzpflichtige

erlangt durch das beneficium cedendarum actionum dieselbe Stelle, wie sie der Cedent hatte, also genau so, als wenn er selbst der Verletzte gewesen wäre. Stimmt dies, dann muss der Grundsatz des § 254 B. G. B. unter den gegebenen Umständen ebenfalls Berücksichtigung finden, sodass sogar eine Verteilung der Regresssumme im Sinne des § 254 B. G. B. als geboten erscheint.

Mit dieser Auffassung der Sachlage hängt meiner Ansicht nach die richtige Anschauung zusammen, dass auch nach der Leistung des Ersatzes durch den einen Solidarschuldner das beneficium cedendarum actionum noch durch diesen geltend gemacht werden kann. Allerdings geht die herrschende Meinung dahin, dass — ebenso wie bei der echten Solidarobligation — die Erfüllung des einen Schuldverhältnisses auch das andere zum Erlöschen bringe. [1])

Wenn Fischer [2]) meint, in Bezug auf § 255 sei mit Recht anders zu entscheiden, so bleibt doch immer die Frage des warum für ihn eine unlösbare, ein Zeichen dafür, dass es mit der Prämisse nicht stimmt. Um zu einem befriedigenden Ergebnisse zu gelangen, müssen wir uns gegen die herrschende Meinung selbst wenden. Schon eine etwas entfernter liegende Schlussfolgerung führt uns bezüglich des § 255 zu einem annehmbaren Resultat. Bei der unechten Solidarobligation weiss im allgemeinen der Schuldner gar nichts von der Existenz eines zweiten Ersatzpflichtigen; warum soll er nun dieses Nichtwissen durch Verlust des ihm nach § 255 prinzipiell zustehenden Ersatzanspruches büssen? Ich bin der Ansicht Fischers und Oertmanns, dass er sich auch noch nach der durch ihn bewirkten Leistung die Ansprüche gegen zweite Verletzer abtreten lassen kann. Dann müssen diese Ansprüche aber noch zur Zeit der Cession bestehen, sie dürfen nicht durch die Leistung des Erstbelangten zum Erlöschen gebracht sein, sie müssen also nach wie vor dem Ersatzberechtigten zustehen. Ein ganz ähnlicher Fall liegt vor, wenn mein Onkel mir die von einem Dritten zerstörte Vase schenkungsweise ersetzt hat und der Verletzer dann den Einwand erheben würde, es sei kein Schaden mehr vorhanden, er schulde demnach nichts mehr. Die entscheidende Frage lautet hier gewiss: wem hat der Onkel geschenkt? hat er in meinem Interesse die zerstörte Sache ersetzt oder aber

[1]) Crome a. a. O. Bd. II S. 376 zu Anm. 51.

[2]) a. a. O. S. 108.

im Interesse des Verletzers? Ist ersteres der Fall, dann kann ich natürlich keine weiteren Ersatzansprüche geltend machen, im letzteren Falle aber wohl. Genau dieselbe Frage taucht auf, falls mir zwei verschiedene Personen auf denselben Gegenstand ersatzpflichtig sind, nur ist besonders zu bemerken, dass die Leistung hier stets als im eigenen Interesse erfolgt anzusehen ist, denn der Schuldner bezahlt seine Schuld. Derselbe Rechtsgedanke wiederholt sich bei der compensatio lucri cum damno. Nur dasjenige, was der Gläubiger an unmittelbarem Gewinn durch die schädigende Handlung erlangt, hat er vom Schadensersatzanspruche abzuziehen, nicht aber das, was er infolge der schädigenden Handlung auf Grund irgend eines selbständigen, d. h. von der schädigenden Handlung abstrahierbaren Tatbestandes erlangt. Wenn ich z. B. Aktien der Firma Krupp und solche des Konkurrenzunternehmens Ehrhardt besitze und ein Brandstifter das Krupp'sche Werk in Brand setzt, so werden die Aktien Krupps sehr fallen, zugleich aber die Ehrhardtaktien ausserordentlich steigen. Nun wird wohl niemand daran zweifeln, dass hier die compensatio lucri cum damno nicht Platz greift, dass ich also vom Brandstifter die ganze Differenz zwischen dem Werte der Krupp'schen Aktien vor und nach der Brandstiftung verlangen kann, denn die Innehabung der Ehrhardtaktien ist für mich ein selbständiger Tatbestand, der nichts mit der Brandstiftung zu tun hat. Dass allerdings Ehrhardtaktien steigen, wenn die Krupp'schen fallen — und zwar hier infolge der Brandstiftung — ist eine Schlussfolgerung, die dem Kaufmann sehr geläufig ist; also ist das Steigen der Ehrhardtaktien die notwendige Folge der Inbrandsetzung der Krupp'schen Werke, nicht aber ist notwendige Folge, dass ich gerade Ehrhardtaktien besitze, also an diesem Steigen partizipiere. Diesen Zufall kann sich der Brandstifter nicht zu seinen Gunsten rechnen und daher muss er die volle Differenz in den Kruppaktien leisten.

Für uns lautet die Schlussfolgerung aus obiger Ausführung, dass prinzipiell durch die Leistung des Ersatzes bei der unechten Solidarobligation der andere Schuldner nicht befreit wird, [1]) denn,

[1]) Zu demselben Ergebnis gelangt Binder, obgleich es sich für ihn nicht aus dem Wesen der unechten Solidarobligation ergibt. Er sagt a. a. O. S. 564: „Hat der Versicherte die Versicherungssumme ausbezahlt erhalten, so kann er immer noch gegen den Delinquenten vorgehen; und wenn die Gesellschaft den Schaden nur gegen die Cession der Deliktsklage ersetzt, so geschieht dies auf Grund des einzelnen Vertrages, nicht infolge einer dem Versicherungsvertrag im allgemeinen wesentlichen Voraussetzung. Wenn andererseits der Schadens-

so fragt der Gläubiger, was geht das dich an, dass mir eine Leistung gemacht wurde, welche ich aus irgend einem Grunde zu fordern hatte? Du, zweiter Solidarschuldner, kannst dich darauf nicht berufen.

Wenn nun aber der Gläubiger demgemäss noch einmal fordert, dann verleugnet sich der Inhalt seines Anspruchs als eines Schadensersatzanspruchs insoweit nicht, als der Geltendmachung desselben die exceptio doli generalis entgegensteht. Der Inhalt also des Anspruches ist es, welcher hier wirksam ist, nicht der Anspruch als solcher; er ist gar nicht untergegangen, das sagt uns ja schon die peremtorische Einrede: Du Gläubiger kannst nicht fordern, nicht zwar deshalb, weil du mir gegenüber ungerechtfertigt bereichert würdest, sondern deswegen, weil der Schaden nun nicht mehr dein Schaden ist.

Wir brauchen nicht zu denken, dass der Schuldner diese exceptio zu Gunsten des anderen Schuldners einwendet, nein, vielmehr hofft er so, vorläufig von der Zahlung verschont zu bleiben oder aber — und das ist wohl der springende Punkt — das Verschulden des anderen Solidarschuldners zu seinen Gunsten wirksam werden zu lassen. Er sagt m. a. W.: ich zahle nicht, weil die Leistung an Dich keinen Inhalt hat, geschädigt ist ein Anderer, der da an deine Stelle treten kann, aber in seinem Verhältnis zu mir auch noch das eigene Verschulden mit hereinbringt.

Die beiden Ansprüche gegen die unechten Solidarschuldner sind demnach von einander vollkommen unabhängig. Das Erlöschen tritt, entgegen der herrschenden Lehre, gar nicht ein, vielmehr bleiben die Ansprüche des Gläubigers gegen den Einen nach Zahlung von seiten des Anderen voll und ganz bestehen und darum ist es auch möglich, dass nach der Leistung durch den einen Solidarschuldner das beneficium cedendarum actionum noch ausgeübt werden kann.

Hiermit sind wir zu der für uns wichtigsten Entscheidung, dem Angelpunkt unseres Themas, gelangt. Sie lautet: Die Er-

---

ersatz sofort von dem Täter geleistet wird, so ist zwar zuzugeben, dass die Gesellschaft nichts mehr zu leisten schuldig ist, und doch im Moment der Beschädigung etwas schuldig geworden war; aber man wird mir zugeben, dass die Römer die Befreiung nicht ipso jure, sondern durch eine exceptio doli hätten eintreten lassen." Und weiter: „Dass die Leistung von seiten des einen Schuldners den anderen befreie, ist ebensowenig irgendwo positiv ausgesprochen, wie das von mir behauptete Gegenteil."

löschungsgründe der einen Obligation bleiben für die andere vollkommen gleichgültig; das Gleiche gilt naturgemäss für Annahmeverzug und Verjährung. Nur insoweit, als eine exceptio doli berechtigterweise zuzulassen ist, ist auch von einer Einwirkung solcher Momente auf die andere Obligation zu sprechen. Nichts anderes ist zu sagen, wenn zwischen dem Gläubiger und einem der unechten Solidarschuldner confusio eingetreten ist, in welchem Falle die exceptio doli generalis einer Erweiterung insoweit fähig ist, als: „dolo facit qui petit quod rediturus est" hier Platz greifen kann. [1])

Der zweite, von uns bereits früher aufgestellte Leitsatz lautet: Die Ansprüche begegnen sich im Brennpunkte des Gläubigers. Nur dann ist das beneficium cedendarum actionum inhaltlich und begrifflich möglich, wenn der leistende Schuldner seinerseits, falls er der Verletzte gewesen wäre, Schadensersatz hätte verlangen können.

Dieser Satz erlangt eine besondere Bedeutung dadurch, dass in ihm ein Doppeltes gesagt ist, nämlich: Das Eintreten des ersten, zahlenden Solidarschuldners sowohl für das eigene Verschulden, als auch für das Verschulden des direkt Verletzten. Letzteres ist im § 255 B. G. B. dadurch ausgedrückt, dass dem leistenden Solidarschuldner nur der Anspruch des Verletzten selbst zediert wird; insoweit haftet also auch der zahlende Solidarschuldner für das fremde Verschulden. Dies kann von Bedeutung werden dann, wenn die Art des Verschuldens des Verletzten dem einen Solidarschuldner gegenüber eine andere ist, als dem zweiten gegenüber, und dies kann vorkommen, wenn verschiedene Arten der Haftung zu prästieren sind.

Aus den obigen Folgerungen ist ein weiterer Schluss dahin zu ziehen, dass prinzipiell neben § 255 auch noch § 254 B. G. B. in Betracht kommt, allerdings nicht bei einem Zusammentreffen von Deliktsobligationen untereinander, bei denen im Normalfalle kraft positiver Gesetzesvorschrift die Haftung der Delinquenten gerade so eintritt, als wenn sie echte Solidarschuldner wären. § 254 kann demnach für diese Fälle keine Bedeutung haben; diese liegt hier bereits vor der Ausgleichung der einzelnen Solidarschuldner untereinander.

---

[1]) Vgl. im übrigen bezüglich der Möglichkeit einer exceptio doli generalis auch im heutigen Recht: Crome a. a. O. I. S. 188 Anm. 19.

Anderes gilt natürlich:

a. für die Haftung zwischen Vertrags- und Deliktsschuldner,
b. für die Haftung zwischen Vertrags- und gesetzlichem Schuldner, in welch' letzteren Fällen der § 254 infolge des beneficium cedendarum actionum auf das Rechtsverhältnis zwischen den unechten Solidarschuldnern direkten Einfluss gewinnt.

Von einer unmittelbaren Einwirkung der einen Obligation auf die andere kann daher logischerweise nie die Rede sein. Der regressberechtigte Schuldner muss juristisch durch den Gläubiger hindurchgehen; in diesem Brennpunkte macht seine Obligation eigentümliche, auf das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem anderen Schuldner beruhende Wandlungen durch, indem hier das Verschulden des Gläubigers dem anderen Schuldner gegenüber das Regressrecht des ersten, leistenden Solidarschuldners modifizieren oder gänzlich ausschliessen kann; daher auch unsere gesetzliche Regelung, dass der erste, leistende Solidarschuldner nur das beneficium cedendarum actionum erlangt. Warum noch weiter hat der Gesetzgeber keine cessio legis eintreten lassen? Warum muss der zahlende Solidarschuldner sich die Ansprüche des Gläubigers gegen den anderen besonders zedieren lassen?

Das beneficium cedendarum actionum ist im Gegensatze zum römischen Recht im heutigen bürgerlichen Recht eine nicht allzu häufige Rechtsfolge. Wir finden dasselbe z. B. in den §§ 255, 281, in der Mehrzahl der übrigen Fälle tritt cessio legis ein, so z. B. bei der Stiftung, der Bürgschaft u. s. w. Der praktische Erfolg ist allerdings fast derselbe. Inhaltlich bleibt die zedierte Forderung die gleiche, denn ein besonderes Recht der Cessionen von Gesetzeswegen gibt es nicht. Der Rechtsgedanke, der im § 255 zur Verneinung der cessio legis führte, könnte der sein, dass der Gesetzgeber ausdrücklich hätte erklären wollen: Du erster, leistender Solidarschuldner hast deine eigene Schuld bezahlt, nicht eine fremde. Weil die Bürgschaftsschuld im Verhältnis zur Hauptschuld accessorisch erscheint, deswegen hat der Bürge cessio legis, weil die unechten Solidarschuldner nicht in diesem Verhältnis zueinander stehen, deshalb hier das beneficium cedendarum actionum.

Nachdem wir die Interpretation des § 255 beendigt haben, wird es nunmehr unsere Aufgabe sein, den systematisch möglichen Fällen der unechten Solidarobligationen eine gesonderte

Betrachtung zu widmen. Diese Fälle ordnen sich nach ihrem Entstehungsgrunde folgendem Schema unter:

Die auf im allgemeinen denselben Leistungsinhalt abzielenden Schuldverhältnisse entspringen:

1. aus verschiedenen Rechtsgeschäften,
2. aus Delikt einerseits, Rechtsgeschäft andererseits,
3. aus Gesetz,
4. aus Delikt einerseits, Gesetz andererseits,
5. aus Vertrag einerseits, Gesetz andererseits.

Die Zahl der in jeder dieser 5 Kategorien möglichen Solidarobligationen ist eine unermesslich grosse. Ich werde im folgenden nur einzelne, besonders interessante Beispiele behandeln.

Verschiedene Rechtsgeschäfte können die Grundlage der unechten Solidarobligationen überall dort sein, wo aus ihnen eine im wesentlichen gleichartige Leistungsverpflichtung entspringt. Haben sich Mehrere in einem einheitlichen Vertrage zu ein und derselben Leistung gemeinschaftlich verpflichtet, oder aber sind Mehrere, wenn auch in ganz verschiedenen Verträgen, Mitbürgen geworden, so haften diese alle als echte Gesamtschuldner (§§ 427, 769 B. G. B.).

Das Gleiche soll stets der Fall sein, wenn Mehrere eine unteilbare Leistung schulden (§ 431 B. G. B.). Ebensowenig aber, als bei der geschuldeten unteilbaren Leistung stets der § 426 B. G. B., der die Teilung untereinander nach Kopfteilen vorschreibt, anwendbar ist, ebensowenig wird ein zwischen dem Gläubiger und einem der Schuldner in rem abgeschlossener Erlass oder der Annahmeverzug nun auch stets den übrigen Schuldnern gegenüber Wirksamkeit erlangen können. M. a. W.: Auch bei unteilbaren Leistungen kann sich sehr wohl das Bild der unechten Solidarobligation trotz des § 431 B. G. B. zeigen. Wir können m. E. sagen: Das Gesetz hat das selbständige Bestehen der unechten Solidarobligationen im § 255 B. G. B. allgemein anerkannt und durch den § 431 B. G. B. keine Entscheidung darüber gefällt, zu welchen Solidarobligationen die auf eine unteilbare Leistung gerichteten zu rechnen sind.

Normalfall wird bei den unechten Solidarobligationen, welche auf verschiedenen Rechtsgeschäften beruhen, die vollkommene Unabhängigkeit derselben im Innenverhältnis sein, sofern nicht ein internes Rechtsverhältnis kraft besonderen Vertrages zwischen den

unechten Solidarschuldnern hinzutritt. Ein sehr gutes Beispiel in dieser Beziehung bietet die Anweisung. A (Anweisender) hat den B (Angewiesener) angewiesen, dem C (Anweisungsempfänger) eine Summe Geldes, z. B. 1000 Mk. zu leisten, weil er dem letzteren diese Summe aus einem Kaufvertrage schuldig war. B hat auf die Anweisungsurkunde sein Akzept gesetzt. Nun haften dem C zwei Personen:

1. A aus dem Kaufvertrage,
2. B aus dem Akzept.

Hat C von B die 1000 Mk. erlangt, so ist das Rechtsverhältnis zwischen B und A daraufhin zu untersuchen, ob B Regress nehmen kann. War also B dem A dieselbe Summe schuldig und deswegen dem A gegenüber die Verpflichtung, auf Anweisung des A zu akzeptieren bezw. zu leisten eingegangen, so kann er keine Ausgleichung fordern, ebensowenig, wenn er dem A schenken wollte. Also er hat keinen Rückgriff auf A, wenn er donandi oder solvendi causa akzeptierte und leistete, wohl aber, wenn er auf die Anweisung des A hin leistete, um diesem ein Darlehen zu gewähren.

Wohl der interessanteste, hierhergehörige Fall unechter Solidarobligationen ist der der Sicherung einer Forderung durch Bürgen und Hypothekenschuldner. Es handelt sich hier um Klarstellung der Lehre vom Eintritt des leistenden Bürgen bezw. des leistenden Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers. In Betracht kommen die §§ 774, 1143, 1225 B. G. B. Von vornherein sehen wir von der Ansicht ab, dass der in der Leistung Prävenierende vom anderen Teile Ersatz verlangen könne in der Weise, dass, wenn der Bürge zuerst bezahlt, er Regress am Drittverpfänder, oder, wenn dieser zuerst bezahlt, er Regress am Bürgen nehmen dürfe. Dass diese Ansicht nicht die richtige sein kann, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. [1]) Planck-Greiff ist anderer Meinung. Er unterscheidet zwischen § 1225 und 1143 B. G. B., sodass bei beweglichen Sachen der zahlende Verpfänder einen Anspruch habe, analog demjenigen des § 774 Abs. 2, was nach dem Wortlaute des § 1143, da dieser sich nur auf § 774 Abs. 1 beziehe, ausgeschlossen erscheine. Planck lässt also bei Verpfändung von beweglichen Sachen für die Forderung eines anderen anteilsweise Haftung eintreten, während Biermann auf Grund der

[1]) vgl. Biermann, a. a. O. Anm. 1 zu § 1225, nach welchem der einlösende Drittverpfänder und Pfandeigentümer den Anspruch des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen in vollem Betrage geltend machen kann.

§§ 1143 und 1225 ein Redaktionsversehen konstatieren zu müssen glaubt, indem auch im § 1225 nur der Abs. 1 des § 774 gemeint sei. Dies schade aber nichts, weil § 774 Abs. 2 sich nur auf Mitbürgen untereinander beziehen könne, sodass in Wirklichkeit dieses Redaktionsversehen ohne weitere Folgen bleibe.

Es ist immer eine missliche Sache, bei irgend einem Paragraphen des B. G. B. ein Redaktionsversehen anzunehmen, wenn die Lösung nicht ganz klipp und klar vor Augen liegt. Dass das Verhältnis zwischen Drittverpfänder und Bürgen bis jetzt noch nicht geklärt ist, wird wohl allgemein zugestanden werden. Ich verweise — im Gegensatz zu Biermann — insbesondere darauf, dass das Hypothekenpfandrecht insoweit wesentliche Unterschiede vom Pfandrecht an beweglichen Sachen aufweist, als durch Leistung von seiten des Pfandschuldners im einen Falle das Pfandrecht, wenn auch nur als Eigentümerpfand, bestehen bleibt, bei beweglichen Sachen dagegen durch Konfusion von Eigentum und Pfandrecht normalerweise erlischt. Allerdings gibt es auch im Hypothekenrecht in einer Beziehung ein Erlöschen des Pfandrechts durch Konfusion, nämlich, falls rückständige Zinsen vom Eigentümer bezahlt werden; [1]) doch hat diese Vorschrift nur eine verhältnismässig geringe Bedeutung. Ich wollte hiermit zunächst einmal festgestellt haben, dass, wenn im § 1143 eine Bezugnahme auf § 774 Abs. 1 erfolgt, nun nicht ohne weiteres auch im § 1225 eine solche nur auf § 774 Abs. 1 erfolgen müsse.

Eine wohlzubeachtende Ansicht hat zunächst Strohal geäussert. [2]) Der Gedankengang ist folgender: Bei der Unvereinbarkeit der §§ 1225 und 774 hat die Natur des Bürgschaftsinstituts im Verhältnis zu dem des Hypothekenrechts die bessere Position des Bürgen im Gegensatz zum Pfandschuldner zur Folge. Dies sehen wir aus § 776 B. G. B., der dem Bürgen den Eintritt in die vollen Gläubigerrechte sichert; denn, hat der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek aufgegeben, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 B. G. B. hätte Ersatz verlangen können. Da nun gemäss § 774 dem leistenden Bürgen durch cessio legis die Forderung des Gläubigers mit allen ihren Nebenrechten zufällt, so geht die Bürgschaft der Hypothek vor. Hat also der Bürge geleistet, so kann er gemäss § 774 von dem

[1]) vgl. § 1178 B. G. B,
[2]) Deutsche Juristenzeitung 8. Jahrg. S. 373.

Drittverpfänder dafür Entschädigung aus dem Pfand verlangen; hat dagegen der Drittverpfänder geleistet, so kann er zwar auch nach § 1225 vom Bürgen Ersatz verlangen, muss ihm aber gemäss § 776 für das Fortbestehen der Hypothek bezw. des Pfandrechts haften. Er dringt daher nur dann mit seinem Begehren durch, wenn er die Pfandsache zur Befriedigung des Bürgen aus derselben bereit hält. Der Bürge hat dann genau diejenige Rechtsstellung, welche er erlangt haben würde, wenn er dem Grundstückseigentümer mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorgekommen wäre.

Dreierlei ist an dieser Ansicht Strohals zu bemängeln:

1. warum gibt Strohal dem § 774 einen Vorrang vor § 1143 und § 1225? Die Antwort lautet: wegen des § 776, der ja dem Bürgen den Eintritt in die vollen Gläubigerrechte sichert;
2. woher kommt der Regressanspruch des Bürgen gegenüber dem Hypothekenschuldner, liegt ein solcher in der Natur der beiden Rechtsverhältnisse wirklich begründet?
3. kann endlich von einem Aufheben der Hypothek im Sinne des § 776 die Rede sein, wenn sie — falls es sich z. B. um rückständige Zinsen handelt — ipso iure erlischt? Das Gleiche gilt natürlich auch für das infolge Konfusion erlöschende Pfandrecht an beweglichen Sachen im Falle des § 1225.

Was zunächst den Regressanspruch des Bürgen angeht, so würde er einen grossen Umweg bedeuten. Wenn § 776 dem Bürgen auf jeden Fall den Eintritt in die ganzen Gläubigerrechte garantiert, so scheint mir sicher zu sein, dass der Bürge nicht Regress an dem für den persönlichen Schuldner zahlenden Pfandschuldner nehmen wird, sondern ohne weiteres auf die Klage des letzteren aus § 1225 seine Leistung insoweit verweigern wird, als er sich aus der Hypothek bezw. dem Pfandrechte hätte befriedigen können. Eine Unterordnung des Rechtes des Hypothekenschuldners aus § 1225 gegenüber dem Rechte des Bürgen aus den §§ 774 und 776 scheint mir trotz Strohal nicht gesetzlich festgelegt zu sein. Wenn wir nämlich inhaltlich Hypothek und Bürgschaft gegeneinander abwägen, so sind beide zunächst einmal Sicherungsmittel für Forderungen irgend welcher Art. Ferner trifft die Bürgschaft das ganze Vermögen des Bürgen, allerdings nicht dinglich, sie ist Personalkredit, während das Pfandrecht als solches nur einen bestimmten Teil des Vermögens, aber dinglich belastet. (Realkredit.) Beide Verpflichtungen lassen sich inhaltlich nicht miteinander vergleichen, denn die Obligationen sind identisch, die

Haftung ist eine verschiedene. Die §§ 774 und 1225 stehen einander diametral gegenüber, sodass man tatsächlich zu der Entscheidung gedrängt wird: Der prävenierende Bürgschafts- oder Hypothekenschuldner kann Ersatz verlangen und diese Entscheidung ist Unsinn. Das, was Strohal für seine Ansicht ins Feld führt, nämlich, dass im Verhältnis zwischen Bürgschaft und Pfandrecht der Bürge die bessere Stellung geniesse, kann nicht aus dem Wesen dieser beiden Institute gefolgert werden und § 774 kann auch noch auf andere Weise erklärt werden.

Zunächst die Frage: Findet § 401 in Verbindung mit § 412 B. G. B. auch auf die cessio legis stets Anwendung? Nein, von zwei Ausnahmen spricht das Gesetz direkt:

1. von der Mitbürgschaft im § 774 Abs. 2,
2. von der Gesamthypothek im § 1173.

Das Gleiche ist m. E. für den Fall der Bestellung von mehreren Faustpfandrechten (§ 1225) zu sagen, wenn wir das Redaktionsversehen, wie Biermann es annimmt, nicht anerkennen. Wenn wir nun an Stelle des Bürgen und des Hypothekenschuldners eine Konkurrenz zwischen zwei Hypothekenschuldnern oder einem Hypotheken- und Faustpfandschuldner annehmen, wie würde sich dann die Sachlage gestalten? Hier leidet die Lehre Strohals Schiffbruch, denn von einer verschiedenen Bewertung einzelner Pfandrechte kraft Gesetzes kann keine Rede sein. Die Folge wäre eine endlose Kette von Prozessen zwischen Hypothekenschuldner und Hypothekenschuldner oder zwischen Hypothekenschuldner und Faustpfandschuldner, wenn nicht § 1173 wenigstens für die Gesamthypothek eine ausreichende Norm festgesetzt hätte.

Der § 774 B. G. B. kann aber folgenden Inhalt haben: Wenn feststeht, dass der Bürge für seine Leistung Ersatz aus dem Pfande verlangen kann, dann geht ausser der persönlichen Forderung auch das Pfandrecht über. Entsprechend kann der zahlende Drittverpfänder eine Bürgschaftsforderung nur erwerben, wenn ihm gegen den Bürgen ein Ersatzanspruch zusteht. Dabei wird als Normalfall zu gelten haben, dass die Sicherheiten, welche der Schuldner selbst gibt, z. B. Hypothek, Pfandrecht, stets auch zur Sicherung des Bürgen dienen sollen. Dass der persönliche Schuldner, der zugleich Pfandschuldner ist, nie Ersatz vom Bürgen verlangen kann, ist klar; dass aber andererseits die vom persönlichen Schuldner für die Forderung gegebenen Pfänder auch

dem Bürgen haften, ist nicht zu bezweifeln. Da dem Gläubiger der eigene Personal- und Realkredit des Schuldners noch nicht genügt, wird wenigstens der Bürge ebenfalls den Realkredit des Schuldners als Sicherung für sein normalerweise altruistisches Handeln erlangen müssen. Hierauf, als den Normalfall, bezieht sich m. E. § 776 B. G. B.

Anders ist die Sachlage, wenn ein Drittverpfänder eine Hypothek oder ein sonstiges Pfandrecht bestellt. Hier kommt es auf das konkrete Verhältnis zwischen dem Bürgen und Drittverpfänder an und dies Verhältnis ist das der unechten Solidarobligation, wie es der § 1173 B. G. B. in so präziser Weise ausdrückt.

Aus dem Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hypothekenschuldner heraus ist daher die Lösung der Frage zu suchen, ob überhaupt der eine vom anderen Regress zu erlangen vermag. Unrichtig wäre es, die positive Gesetzesbestimmung der Mitbürgen (§ 774 Abs. 2 B. G. B.) hier analog anzuwenden. Dass letztere eine ganz exzeptionelle Vorschrift ist, bleibt m. E. nicht weiter zu begründen. War demnach die Hypothek auch zu Gunsten des Bürgen bestellt worden, dann liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor (§§ 328 ff. B. G. B.), falls der Bürge nicht nachträglich als Vertragskontrahent beigetreten war. Das Gleiche gilt für den umgekehrten Fall, dass der Bürge sich auch zu Gunsten des Hypothekenschuldners verbürgt. Aus dem Vertrage zu Gunsten Dritter bezw. dem besonderen Rechtsgeschäft wird der Bürge, bezw. Hypothekenschuldner, forderungsberechtigt; liegt ein solcher Vertrag nicht vor, dann ist ein Regressanspruch ausgeschlossen. Breit, [1]) welcher auch die Lehre Strohals verwirft, spricht sich im Prinzip ebenso aus. Allerdings könnte man der Eventualansicht Breits möglicherweise zustimmen, der in den §§ 774 Abs. 2 und 1225 Satz 2 B. G. B. den Ausfluss eines allgemeinen Prinzips der Ausgleichungspflicht mehrerer Sicherungspflichtigen im Zweifelsfall findet, was der Gerechtigkeit zwar näher kommen mag, aber durchaus nicht der Lehre von der Gesamthypothek — wie ja Breit selbst zugibt — entspricht. Bei Solidarobligationen, bei denen die Leistungspflicht auf verschiedenen Rechtsgeschäften beruht, ist demnach m. E. prinzipiell eine Regresspflicht zu verneinen, falls nicht zwischen den einzelnen Solidarschuldnern ein besonderes Rechtsverhältnis — Garantievertrag, Darlehnsgeschäft u. s. w. — besteht.

[1]) a. a. O. S. 292.

Die zweite hier zu untersuchende Kategorie der Fälle unechter Solidarobligationen ist: Der eine Solidarschuldner ist aus Delikt, der andere aus Kontrakt verpflichtet; der typische Anwendungsfall der Solidarobligationen nach § 255 B. G. B. Es handelt sich um die Ausgleichung des Schadensersatzes zwischen zwei Ersatzpflichtigen. Dass an sich zunächst einmal die beiden Ansprüche des Verletzten aus Delikt und Vertrag nicht stets inhaltlich gleichwertig sind, geht schon daraus hervor, dass die Voraussetzungen der Haftung bei unerlaubten Handlungen häufig ganz verschieden von derjenigen aus Verträgen sind. Zum Vergleiche sei hier unentgeltliche Aufbewahrung und Diebstahl einander gegenübergestellt. Der Haftung für jede Fahrlässigkeit entspricht auf der anderen Seite diejenige für culpa quam suis, dem dies interpellat pro homine das mora fit ex re auf der anderen Seite. Auch die Höhe des Anspruchs kann eine verschiedene sein; so z. B. haftet die Feuerversicherungsgesellschaft für den Schaden nur prozentual im Verhältnis des Wertes des versicherten Grundstücks zur Höhe der Versicherungssumme. Für den Rest gilt nämlich der Versicherungsnehmer als Mitversicherer.

Diese Verschiedenheit der vertraglichen und deliktischen Ansprüche hat die herrschende Lehre anerkannt und insbesondere die Möglichkeit stets hervorgehoben, dass der Vertragskontrahent auch aus Delikt haftbar gemacht werden kann. Wenn ich z. B. eine Sache zur unentgeltlichen Aufbewahrung übernahm, so habe ich dadurch kein Privileg erhalten, bezüglich derselben ein Delikt zu begehen. [1]) Ich würde es erhalten haben, wenn auch bezüglich der Haftung aus unerlaubter Handlung nur das Einstehen für culpa quam meis gefordert würde. Die unentgeltliche Aufbewahrung soll indessen der Sache einen erhöhten Schutz gewähren und zwar:

α. gegen Witterungseinflüsse etc.,

β. gegen Einwirkungen dritter Personen.

Dass das in dieser Hinsicht in mich gesetzte Vertrauen des Hinterlegers meine Befreiung von der Verbindlichkeit, fremde Sachen auch nicht leichtfahrlässig zu beschädigen, nicht zur Folge hat, ist m. E. selbstverständlich.

---

[1]) vgl. Crome a. a. O. Bd. I S. 489 Note 37 und mit ausführlicher Begründung Bd. II S. 1015 Note 32.

Als Folge ergibt sich die begriffliche Selbständigkeit der Haftung aus Delikt und aus Kontrakt.

Nun ist wohl zu berücksichtigen, dass, wenn Haftung aus Vertrag und Delikt bei verschiedenen Personen vorliegt, bei dem vertraglich Haftenden auch noch eine deliktische Haftung hinzutreten kann, so z. B.: Der Aufbewahrer lässt es wissentlich zu, dass ein Bekannter die ihm anvertraute Sache stiehlt. (sog. unechtes Unterlassungsdelikt.) Oder aber der Aufbewahrer legt selbst Hand an, um den hinterlegten Gegenstand mit fortzuschaffen.

Ein ähnlicher Fall tritt ein beim Vorliegen des Tatbestandes von § 278 B. G. B.: Der Schuldner haftet für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen innerhalb des Bestehens der Obligation wie für eigenes Verschulden. Entstand nämlich das Schuldverhältnis aus einer Leihe, Aufbewahrungs- oder ähnlichem Vertrage mit der Verpflichtung des Rückbringens, und bediente sich der Schuldner hierzu eines Erfüllungsgehilfen, so steht er dem durch Verschulden des letzteren Geschädigten ebenso ein, wie wenn ihn selbst ein Verschulden träfe.

Fraglich ist zunächst, ob hier der Schuldner aus Vertrag oder aus Delikt haftet. Die Verantwortlichkeit des Erfüllungsgehilfen beruht auf Delikt, für sein Verschulden hat der Schuldner einzutreten. Darum ist aber nicht gesagt, dass er aus demselben Grunde hafte, wie der Erfüllungsgehilfe; Rechtsgrund seiner Haftung ist vielmehr der Vertrag. Ausserdem tritt eine Umwertung des Verschuldens ein, insoweit der Schuldner z. B. für culpa quam suis vertraglich zu haften hatte, denn die culpa quam suis des Erfüllungsgehilfen ist eine ganz andere wie diejenige des Aufbewahrers selbst. Es muss demnach bei der culpa des Erfüllungsgehilfen nachgesehen werden, ob sie noch unter die culpa quam suis des Geschäftsherrn fällt. Tut sie dies, dann hat der Geschäftsherr einzustehen, tut sie es nicht, so ist er frei.

Als Schlussfolgerung ergibt sich hieraus, dass, wenn ein allgemeines Prinzip der Regressberechtigung des Vertragsschuldners gegenüber dem Deliktsschuldner vorliegt, der Vertragsschuldner von seinem Erfüllungsgehilfen wegen eines Deliktes stets Ersatz verlangen kann, abgesehen von dem Ersatz, den er auf Grund des mit dem Erfüllungsgehilfen abgeschlossenen Vertrages beanspruchen könnte.

Aus der bereits früher gegebenen Interpretation des § 255 B. G. B. ist hier kurz das Ergebnis nachzutragen. Wenn bezüglich ein und desselben Gegenstandes Schadensersatzhaftung des Einen aus Delikt, des Anderen aus Vertrag eintritt, so kann nur der Vertragsschuldner das beneficium cedendarum actionum des § 255 geltend machen. [1])

Diese Regel als Normalfall angenommen, bleibt zu berücksichtigen übrig, dass einzelne Delikte nicht auf dem Verschuldungs-, sondern auf dem Veranlassungsprinzip beruhen, woraus sich eine anderweitige Regelung ergeben könnte.

Es hat hier prinzipiell der Gesetzgeber im § 834 B. G. B. die Bestimmung getroffen, dass auch der durch Vertrag aufsichtspflichtige Dritte dem Verletzten neben dem Tierhalter haftet, dass aber im Innenverhältnis gemäss § 840 Abs. 3 B. G. B. der Aufsichtspflichtige dem Tierhalter verantwortlich ist. Diese Regelung ergibt sich weniger aus dem Vertrage, der den einen Solidarschuldner zur Führung der Aufsicht verpflichtete, als dem infolge mangelhafter Aufsicht dem Verletzten gegenüber begangenen Delikt, ist doch der Exkulpationsbeweis dem Aufsichtspflichtigen gestattet! (§ 834 B. G. B.).

Nachdem wir das Verhalten unechter Solidarobligationen, soweit sie:

α) sämtlich aus Rechtsgeschäften,

β) teils aus Rechtsgeschäften, teils aus Delikten

entstanden sind, untersucht haben, bleibt uns im folgenden zu betrachten übrig:

1. Das Verhältnis verschiedener Deliktsobligationen zueinander,
2. das Verhältnis gesetzlicher zu Delikts- und Kontraktsobligationen.

Zunächst muss hier die Frage erörtert werden, ob, wenn ein Delikt von mehreren Personen begangen ist, eine echte oder eine unechte Solidarobligation vorliegt. Mehrere sind also als Mittäter, Anstifter, Gehülfen oder aber auch nur als Beteiligte im Sinne des § 830 B. G. B. vorhanden. Prozessual sind diese Parteien Streitgenossen und zwar nicht notwendige. Diese Tatsache kann allerdings nicht zur Erklärung unserer Frage von schwerwiegender

[1]) vgl. Windscheid-Kipp: Pand. II. § 258 Nr. 7 und Reichsgerichtsentscheidung: im sächsischen Archiv für bürg. Recht Bd. 12 S. 730 und Fischer a. a. O. S. 255.

Bedeutung sein, auch kann aus der Behandlung der lex Aquilia des römischen Rechts nichts weiteres für unser heutiges Recht gefolgert werden: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena. [1])

Wir haben demnach vom Begriff der unerlaubten Handlung aus zu operieren.

Unerlaubte Handlungen sind absolutes Unrecht im Gegensatz zur Vertragsverletzung, dem relativen Unrecht. Delikt ist demnach im Normalfall Verletzung absoluter Rechte dritter Personen. Diese Verletzung kann durch eine Einzelperson oder durch mehrere erfolgen, welch' letztere entweder

α) durch Zusammenhandeln, oder

β) durch Successivhandlung den Erfolg herbeiführen. Neben diese eigentlichen Täter tritt noch

γ) die psychisch beteiligte dritte Person, sei es als Anstifter, sei es als Gehilfe mit Rat; endlich

δ) der physisch durch Tat unterstützende Gehilfe und

ε) der Beteiligte i. S. des § 830 B. G. B.

Die Haftung des letzteren aus unwiderleglich präsumierter Schuld ist eine vollkommen ausserhalb der sonstigen Deliktstatbestände liegende und daher zunächst unberücksichtigt zu lassen.

Wenden wir uns nun zum einfachsten Tatbestand, den sog. Mittätern, welche den ganzen Erfolg durch bewusst gemeinsames, gleichzeitiges Handeln herbeiführten. Wir werden das Handeln des Einzelnen nach zwei Seiten hin betrachten dürfen:

1. als Ursache des Erfolgs,
2. in seiner Beziehung zu den von den übrigen Mittätern gesetzten Bedingungen.

Legt man mehr Wert auf die Kausalität der Einzelhandlung an sich, so wird man zum Begriffe der unechten Solidarobligation gedrängt, anderenfalls sprechen die bewusst gewollten Beziehungen, welche dieses Handeln zu demjenigen der übrigen Mittäter hatte, für die Annahme der echten Solidarobligation. Natürlich ist hier auf das Gesetz zurückzugehen. Die Beziehungen der Einzelhandlung zum Erfolg drückt das Gesetz sehr deutlich in dem kurzen Satze aus: „so ist jeder für den Schaden verantwortlich", also für den vollen Schaden. Im § 840 sagt der Gesetzgeber, in der-

[1]) l. 13 § 2 D. (9, 2).

selben Terminologie bleibend: „sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden Mehrere nebeneinander verantwortlich“ und da das Gesetz ausdrücklich von einer unerlaubten Handlung spricht, so wäre dahin zu resumieren, dass es sich um eine Verantwortlichkeit ex eadem causa und deswegen um eine echte Solidarobligation handele.

Aber der Fall liegt doch nicht so einfach. Würden wir nämlich die Vorschrift des § 840 Abs. 1 genau ihrem Wortlaute gemäss interpretieren, so wäre für den Fall, dass Tierhalterhaftung und Haftung eines Anderen aus § 823 zusammentrifft, § 840 überhaupt nicht anwendbar. Man kann doch bei der Tierhalterhaftung nicht von dem Begehen einer unerlaubten Handlung als von einer Tätigkeit oder einem Unterlassen reden, denn die Tierhalterhaftung ist von diesen Gesichtspunkten vollkommen losgelöst. Wir hätten also keinerlei Vorschrift, welche bestimmte, wer von den beiden, der Tierhalter oder der dritte Verletzer, in letzter Linie den Schaden zu tragen hätte. Es ist anzunehmen, dass § 840 B. G. B. auch für diesen Fall die Regelung hat treffen wollen, vgl. hierzu insbesondere § 830 Abs. 3, bei dem das Verhältnis zwischen dem Tierhalter und aufsichtspflichtigen Dritten behandelt ist. Nun ist Tierhalterhaftung und Haftung aus schuldhafter Handlung, falls verschiedene Personen in Frage kommen, sicherlich unechte Solidarobligation, denn hier kann doch niemand behaupten, dass die Haftung ex eadem causa erfolge. Es ist aber dasselbe zu sagen für Mittäter, Anstifter und Gehilfen, denn die einzelnen deliktischen Handlungen sind grundverschieden, jeder haftet nur für seine Tat, aber weil sie als Glied des Gesamthandelns anzusehen ist, weil sie mit kausal zum ganzen Erfolg gewesen ist und weil das Verschulden sich auf die Mitwirkung erstreckt, deswegen muss er den ganzen Schaden tragen. Auch Crome [1]) zählt systematisch die Deliktsobligationen zu den Fällen der unechten Solidarobligationen, wenn er sagt: „in zahlreichen anderen Fällen verfügt das Gesetz unmittelbar die Verpflichtung Mehrerer als Gesamtschuldner.“ Diese Verpflichtung ist also nicht aus einem allgemeinen Rechtsprinzip herzuleiten, folglich auch diese mehrseitige Verpflichtung als unechte Solidarobligation anzusprechen. [2]) Es handelt sich hier nur um zerstreute Fälle, welche prinzipiell keinen gemeinsamen Grundge-

[1]) a. a. O. Bd. II S. 375.
[2]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 289 ff.

danken erkennen lassen; den übrigen Fällen werden wir im folgenden begegnen.

Wenn nun mehrere Delinquenten im Verhältnis unechter Solidarschuldner zueinander stehen, so wird unter Umständen eine Regresspflicht des einen gegenüber dem anderen anzunehmen sein, insbesondere dann, wenn auf der einen Seite das Veranlassungs-, auf der anderen das Verschuldungsprinzip Grund der Haftung gewesen ist. Es besteht doch kein Zweifel darüber, dass derjenige, welcher als Beteiligter für den Schaden haftbar gemacht wurde, für den Fall des Nachweises, dass ein anderer den Schaden schuldhaft verursacht hat, nun an diesem Regress nehmen könne. Nach einer Rechtsnorm in diesem Sinne suchen wir aber vergebens. Das Gleiche ist der Fall, wenn beim Vorliegen der Beschädigung durch ein Tier der Halter als solcher den Schaden ersetzen müsste, ein Dritter aber durch schuldhaftes Handeln z. B. dadurch, dass er das Tier reizte, ebenfalls haftbar war. Von einer direkten Anwendung des § 255 B. G. B. kann keine Rede sein, denn nach dem strengen Wortlaute dieses Paragraphen könnte auch der schuldhafte Verletzer Abtretung der Ersatzansprüche gegen den Tierhalter verlangen. Um dies zu verhüten, würde ein einheitlicher Gesichtspunkt hier Platz zu greifen haben und zwar der so häufig im Rechte sich wiederfindende, dass niemand sich zur Erlangung von Vorteilen auf sein eigenes doloses oder fahrlässiges Verhalten stützen kann. [1]) Dieser Gesichtspunkt aber müsste auch dann gelten, wenn Jemand den schuldhaften Täter zu einer Verrichtung bestellt hatte und dabei die diligentia in eligendo des § 831 B. G. B. ausser Acht liess. Wir kommen hierdurch zu annehmbaren Ergebnissen, während jede andere Regelung unwirtschaftlich erscheint. Der Gesetzgeber seinerseits nimmt ebenfalls, dem Sinne der Bestimmungen aus den §§ 840 Abs. 2 und 3 gemäss, auf den grösseren oder geringeren Grad des Verschuldens, soweit es sich nicht um Mittäter, Gehilfen oder Anstifter handelt, Rücksicht, insofern er z. B. den zu einer Verrichtung Bestellten vor dem Auftraggeber haften lässt. Die culpa in eligendo ist graduell und inhaltlich von der culpa des Täters verschieden. Dasselbe gilt von dem Verschulden des Aufsichtspflichtigen gegenüber demjenigen des Täters, sofern letzterer min-

[1]) ebenso Savigny: Obligationenrecht Bd. I S. 250: „Derjenige solidarische Schuldner, dessen Verpflichtung aus einer unredlichen Handlung, einem dolus hervorgeht, hat überhaupt keinen solchen Anspruch."

derjährig ist; das Gleiche muss gelten, wenn auf der einen Seite überhaupt kein Verschulden, auf der anderen Seite aber Verschulden vorliegt. Wir haben demnach bei den unerlaubten Handlungen drei verschiedene Fälle zu betrachten:

1. gesetzliche Ausgleichungspflicht gemäss den Regeln der echten Solidarobligation,
2. ausdrückliche gesetzliche Regelung der Regresspflicht der Delinquenten untereinander,
3. Regelung der Regresspflicht vom allgemeinen Grundsatze aus, dass Niemand sich zur Erlangung eigenen Vorteils auf eigenes Verschulden stützen kann. [1])

Es handelt sich im letzteren Falle um die Regressmöglichkeit des aus Veranlassungsprinzip Haftenden gegenüber dem schuldbaren Täter.

Zu Punkt 1 sagt § 840 Abs. 1: „sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden Mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie . . . . als Gesamtschuldner." Soweit es sich hier um die Fälle der gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlung, der Anstiftung und der Gehilfenschaft handelt, tritt die Behandlung der Mitdelinquenten als Täter ein. Eine interne Ausgleichungspflicht ist gemäss § 426 B. G. B. nach Kopfteilen gegeben, nicht das Prinzip des abgewogenen Verschuldens, welches wir im § 254 noch näher kennen lernen werden. Andrerseits ist, falls Haftung aus Veranlassungsprinzip und Verschulden konkurriert, der aus Veranlassung Haftende regressberechtigt. (vgl. Punkt 3.)

Zu Punkt 2 ist davon auszugehen, dass die Art der Culpahaftung eine durchaus verschiedene ist. Während der eine Verschulder nur für culpa in eligendo eintritt, muss der andere Verschulder für die Handlung selbst die Verantwortlichkeit tragen. Es wäre hier zunächst festzustellen, ob verschiedene Arten der culpa vorliegen, oder ob die culpa die gleiche und nur in ihrer Richtung eine verschiedene ist. Culpa in eligendo kann graduell durchaus der Handlungsculpa gleich sein; es kann auch hier grobfahrlässige schlechte Auswahl wie geringfahrlässige vorliegen. Der Gesetzgeber hat, selbst wenn grobfahrlässige Auswahl stattfand, dieses Verschulden dem leichten Verschulden des Han-

[1]) Im Gesetz nicht besonders festgelegt, §§ 255 und 840 B. G. B. sind nicht einwendbar.

delnden gegenüber besser gestellt (§ 840 Abs. 2), im Verhältnis zueinander ist der die Verrichtung Ausübende regresspflichtig. Nun ist aber m. E. wohl zu bemerken, dass sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Besteller und dem die Verrichtung Ausführenden etwas ganz anderes ergeben kann, so z. B. dann, wenn der zu einer Verrichtung Bestellende Werkzeuge, Gerätschaften lieferte, die nicht intakt waren. Dann kann der Bestellte aus dem Werkvertrage verlangen, dass der Schaden, der ihm durch solche unzulängliche Werkzeuge persönlich verursacht wurde, ersetzt werde; wievielweniger, wenn dieser Schaden an fremden Sachen geschah und er infolgedessen haftpflichtig wird! Zwar muss ein Verschulden des zu einer Verrichtung Bestellten vorliegen. Dies Verschulden ist aber nur von dem Standpunkte der dritten, verletzten Person aus anzusehen, sofern es sich um die Wirkungen des § 831 B. G. B. handelt. Handelt es sich jedoch um die Ausgleichungspflicht, dann muss auch das Verschulden im internen Verhältnis in Frage kommen, gerade weil die Bestimmungen über die Vertragsobligationen mit denen über die Deliktsobligationen collidieren können. So z. B. hat der Bestellte der dritten Person gegenüber schuldhaft gehandelt, als er die Werkzeuge nicht prüfte, im Innenverhältnis liegt aber ein grösseres Verschulden beim Besteller, der dem Bestellten zumutete, mit unzureichendem Material zu arbeiten. Und wie wäre es dann, wenn der Besteller selbst die Unzulänglichkeit des Materials gekannt hätte und dem Bestellten trotzdem die Verrichtung zu besorgen aufgetragen hätte, nachdem letzterer ihn besonders auf diesen Tatbestand hinwies? Zwar ist es nicht mehr wie Recht, dass dem Verletzten beide als Solidarschuldner haften, im Innenverhältnis aber würde jedenfalls die Möglichkeit einer Regressnahme des am schwersten schuldigen Bestellers am Bestellten nichts anderes sein, als eine durch nichts zu begründende Präventivmassregel mit dem Inhalte, dass der wirtschaftlich Schwächere, zu einer Verrichtung Bestellte, sich nicht dem Besteller gegenüber auf die Unzulänglichkeit der Werkzeuge berufen könnte, eine Prämie auf die Lieferung schlechter Materialien.

Wenn wir nun auch annehmen, dass hier der Herr wohl als Gehilfe des Bestellten in Frage kommen könnte, so scheint mir die Lösung aus dem inneren Vertragsverhältnisse deswegen die bessere zu sein, weil hier

1. die Art des Verschuldens homogen ist und

2. beim Zurückgehen auf das Vertragsverhältnis alle Fälle der Unmöglichkeit des Regresses bezw. der teilweisen Regressmöglichkeit in Analogie des § 254 B. G. B. getroffen werden.

Zu Punkt 3: Die Ausgleichungspflicht des schuldhaften Täters gegenüber dem aus Veranlassungsprinzip Haftenden kann auf die Rechtsregel des § 255 B. G. B. nicht gestützt werden, doch haben wir einzelne Fälle, bei denen eine solche Regresspflicht besonders konstituiert ist, cf. z. B. § 840 Abs. 3 B. G. B.: „Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833—838 zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der Dritte allein verpflichtet.“ Hat also ein Dritter schuldhafterweise den Tierschaden herbeigeführt z. B. das Tier gereizt, so ist der Dritte endgültig verhaftet. Dieselbe Regel finden wir wieder im § 829 B. G. B. und wir dürfen annehmen, dass, wenn Jemand aus Verschulden in den Zustand der Bewusstlosigkeit hineingeriet, daneben aber auch noch Verschulden eines Dritten vorlag, — dieser bewog z. B. den Angetrunkenen zum Weitertrinken oder goss ihm Branntwein ins Bier —, dieselbe Regel Platz greifen wird. Wenn nun also die Regelung der Haftung der Delinquenten untereinander im allgemeinen vollkommen vom Gesetze durchgeführt wurde, wenn wir weiterhin vorhin schon die Regel aufgefunden haben, dass bei schuldhafter Verletzung aus Delikt der vertraglich zum Schadensersatz Verpflichtete Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den Delinquenten verlangen kann, so bleibt hier nur zu untersuchen, wie sich die vertragliche Ersatzpflicht zu der aus Veranlassung entstehenden verhält.

In Betracht kommt an dieser Stelle z. B. der Fall, dass Jemand das Pferd eines Dritten, welches er auf kurze Zeit mietete, in einer Wirtschaft einstallt und hierauf das Tier, ein Schläger, die Stallung beschädigt. Die Folge ist, dass der Aufbewahrer sowohl vom Tierhalter d. h. dem Vermieter, als auch von dem Hinterleger Ersatz verlangen kann. Hier nun kommt es wiederum auf das Innenverhältnis zwischen Tierhalter und Hinterleger an, insoweit, als der Tierhalter dann haftet, wenn er annehmen konnte, dass der Reiter das Tier nicht einstellen würde. Er hatte z. B. den Gaul auf 3 Stunden vermietet, der Reiter hatte ihn aber, — wie ihm das freistehen wird — auf längere Zeit benutzt. Wusste er jedoch, dass das Tier anderwärts untergebracht würde, so musste er dem Mieter Mitteilung machen. Ganz ebenso ist zu entscheiden, wenn der Reiter den Gaul gestohlen hatte. Natürlich

ist hier im Innenverhältnis stets der Dieb haftpflichtig, denn er hatte das Pferd in die Lage gebracht, dass es Schaden bereiten konnte. Die Verletzung, welche das Tier am Stallgebäude anrichtete, konnte sogar für den Dieb eine rein zufällige sein, insofern er weder wusste noch wissen konnte, dass der Gaul im fremden Stalle ausschlage. Hier ist aber m. E. der § 834 B. G. B. zu verwerten. Wenn schon derjenige, der die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt, im Verhältnis zwischen ihm und dem Tierhalter in letzter Linie ersatzpflichtig ist, so sicher derjenige, welcher ohne Wissen und gegen den Willen des Eigentümers, gerade um ihm die Sache zu entziehen, diese fortnimmt. Man könnte auch allerdings zu dem Ergebnisse gelangen, dass nicht mehr der Eigentümer, sondern der Dieb der Tierhalter sei. Das hängt davon ab, ob der Verlust der tatsächlichen Gewalt des Eigentümers nur als ein seiner Natur nach vorübergehender, oder als dauernder anzusehen ist, was sich nach Lage der Sache entscheidet, also Tatfrage bleibt.

Wie verhalten sich nun die auf Gesetz beruhenden Ansprüche für den Fall, dass Ansprüche aus einem Delikt mit ihnen konkurrieren? Ein typisches Beispiel bietet hier zunächst die Alimentation: Die Alimentationsverpflichtung beruht auf Gesetz, wenn Personen im Verhältnis von Aszendenten zu Deszendenten oder von Ehegatten zueinander stehen.

Auf Delikt kann ebenfalls die Alimentationspflicht beruhen, so z. B. wäre derjenige, welcher ein Kind schuldhafterweise misshandelte, sodass es zum Krüppel wurde, gemäss § 843 B. G. B. verpflichtet, letzterem eine Rente zu zahlen. Für diesen Fall hat nun der Gesetzgeber angeordnet, dass der Anspruch nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat (§ 843 Abs. 4). Also kann in Analogie des § 255 B. G. B. der gesetzlich Alimentationspflichtige Regress am Täter nehmen. Der § 685 Abs. 2 B. G. B. sagt nur: „Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen.“ Der Regress also am Dritten, hier dem Delinquenten, wird durchaus nicht ausgeschlossen.

Worauf stützt sich nun die Ausgleichungspflicht des Delinquenten? Gesetzlich ist eine solche nirgendwo festgelegt; dass jedoch das Ergebnis richtig sein muss, dürfte wohl keinem Zweifel unter-

liegen. Auf keinen Fall will doch der Angehörige des Verletzten zu Gunsten des Verletzers die Alimentation leisten, auf keinen Fall kann andrerseits dem Verletzer ein Regress gegenüber dem gesetzlich Verpflichteten zugebilligt werden. Ja, der Verletzte kann sogar nach dem Wortlaute des § 843 Abs. 4 selbst für den Fall, dass der gesetzlich Verpflichtete die Alimente zahlt, die Rente vom Verletzer besonders verlangen. Die Ausgleichungspflicht des Verletzers ergibt sich m. E. aus folgender Erwägung: Der Verletzer hat schuldhaft den Zustand herbeigeführt, durch welchen der latente gesetzliche Alimentationsanspruch zur Wirksamkeit gelangte, oder doch, falls er schon früher wirksam war, seinem Inhalte nach gesteigert wurde. Allerdings kann auf die Vermögensschädigung an sich die Rregresspflicht nicht gestützt werden, weil Vermögensbeschädigungen nur dann als strafbare Handlungen anzusehen sind, wenn sie vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Art und Weise geschehen. Die Anwendbarkeit von § 255 B. G. B. ist direkt ebenfalls ausgeschlossen, denn dieser Paragraph spricht nur vom Ersatz für Verlust des Eigentums oder sonstiger Rechte, nicht vom Verlust der Gesundheit, der Freiheit, d. h. rechtlich geschützter Interessen. Wir haben aber bereits früher als Prinzip des § 255 B. G. B. festgelegt, dass, insoweit der eine Verpflichtete, wenn er selbst der Verletzte wäre, Regress am Verletzer nehmen könnte, er sich auch insoweit den Anspruch des anderen Ersatzpflichtigen abtreten lassen könne. Dieses Prinzip trifft hier zu. Eine analoge Anwendung von § 255 B. G. B. scheint mir geboten und hieraus ergibt sich, dass der kraft Gesetzes Alimentationspflichtige Regress am Verletzer nehmen kann.